الأشباه والنظائر

في

قواعد وفروع فقه الشافعية

تأليف

الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي

المتوفى سنة ٩١١ هجرية

الأشباه والنظائر

في

قواعد وفروع فقه الشافعية

تأليف

الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي
المتوفى سنة ٩١١ هجرية

دار إحياء الكتب العربية
عيسى البابي الحلبي وشركاه

« مَنْ يُرِدِ اللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

[حديث شريف]

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

نحمدك يامن تنزه فى كماله عن الأشباه والنظائر ، وتقدس فى جلاله عن أن تدركه الأبصار ، أو تحيط به الأفكار ، أو تعزب عنه الضمائر ، وتأزر بالكبرياء وتردى بالعظمة ، فمن نازعه واحدا منهما فهو المقصوم البائر . ونشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك شهادة يلوح عليها للإخلاص أمائر . وتبهج قائلها بأعظم البشائر ، يوم تبلى السرائر ، ونشهد أن سيدنا محمدا عبدك ورسولك أفضل من نسلته من ظهور الأماثل وبطون الحرائر ، وأرسلته لخير أمة أخرجت للناس ؛ فهديت به كل حائر ، ومحيت به مظالم الجاهلية ، وأحييت به معالم الإسلام والشعائر . وواعدته المقام المحمود وشفعته فى الصغائر والكبائر ، وكم بين شرائع دينك القويم ، حتى ورثها من بعده أولى البصائر . صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه ذوى الفضل السائر صلاة وسلاما نعدهما يوم القيامة من أعظم الذخائر ، دائمين ماسار الفلك الجارى ودار الفلك الدائر

أما بعد : فعلم الفقه بحوره زاخرة ، ورياضه ناضرة ، ونجومه زاهرة ، وأصوله ثابتة مقررة ، وفروعه نابتة محررة . لا يفنى بكثرة الإنفاق كنزه . ولا يبلى على طول الزمان عزه . أهله قوام الدين وقوّامه ، وبهم ائتلافه وانتظامه . هم ورثة الأنبياء ، وبهم يستضاء فى الدهماء ، ويستغاث فى الشدة والرخاء ، ويهتدى كنجوم السماء ، وإليهم المفزع فى الآخرة والدنيا ، والمرجع فى التدريس والفتيا . ولهم المقام المرتفع على الزهرة العليا . وهم الملوك ، لا بل الملوك تحت أقدامهم ، وفى تصاريف أقوالهم وأقلامهم ، وهم الذين إذا التحمت الحرب أرز الإيمان إلى أعلامهم ، وهم القوم كل القوم إذا افتخر كل قبيل بأقوامهم

بيض الوجوه كريمة أحسابهم   شم الأنوف من الطراز الأول

ولقد نوعوا هذا الفقه فنونا وأنواعا ، وتطاولوا فى استنباطه يدا وباعا .

وكان من أجل أنواعه : معرفة نظائر الفروع وأشباهها ، وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها . ولعمرى ، إن هذا الفن لايدرك بالتمنى ، ولا ينال بسوف ولعل ولو أنى ، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجد وشمر ، واعتزل أهله وشد المئزر ، وخاض البحار وخالط العجاج ، ولازم التردداد إلى الأبواب فى الليل الداج ، يدأب فى التكرار والمطالعة بكرة وأصيلا ، وينصب نفسه للتأليف والتحرير بياتا ومقيلا . ليس له همة إلا معضلة يحلها ، أو مستصعبة عزت على القاصرين فيرتقى إليها ويحلها ، يرد عليه ويرد ، وإذا عذله جاهل لايصد . قد ضرب مع الأقدمين بسهم ، والغمر يضرب فى حديد بارد ، وحلق على الفضائل واقتنص الشوارد .

وليس على الله بمستنكر   أن يجمع العالم فى واحد

يقتحم المهامه المهولة الشاقة ، ويفتح الأبواب المرتجة ، إذا قال الغبى لاطاقة إن بدت له شاردة ردها إلى جوف الفرا ، أو شردت عنه نادة اقتنصها ولو أنها فى جوف السماء . له نقد يميز به بين الهباب والهباء ، ونظر يحكم إذا اختلفت الآراء بفصل القضاء ، وفكر لا يأتى عليه تمويه الأغبياء ، وفهم ثاقب لو أن المسألة من خلف جبل قاف لخرقه حتى يصل إليها من وراء . على أن ذلك ليس من كسب العبد ، وإنما هو فضل الله يؤتيه من يشاء .

هذا . وطالما جمعت من هذا النوع جموعا ، وتتبعت نظائر المسائل أصولا وفروعا حتى أوعيت من ذلك مجموعا جموعا ، وأبديت فيه تأليفا لطيفا ، لامقطوعا فضله ولا ممنوعا . ورتبته على كتب سبعة :

الكتاب الأول : فى شرح القواعد الخمس التى ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها .

الكتاب الثانى : فى قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية ، وهى أربعون قاعدة .

الكتاب الثالث : فى القواعد المختلف فيها ، ولا يطلق الترجيح لظهور دليل أحد القولين فى بعضها ومقابله فى بعض ، وهى عشرون قاعدة .

الكتاب الرابع : فى أحكام يكثر دورها ، ويقبح بالفقيه جهلها : كأحكام الناسى والجاهل ، والمكره ، والنائم ، والمجنون ، والمغمى عليه ، والسكران ، والصبى ، والعبد والمبعض ، والأنثى ، والخنثى ، والمتحيرة ، والأعمى ، والكافر ، والجان ، والمحارم ، والولد ، والوطء ، والعقود ، والفسوخ ، والصريح ، والكناية ، والتعريض ، والكتابة والإشارة والملك ، والدين ، وثمن المثل ، وأجرة المثل ، ومهر المثل ، والذهب والفضة ، والمسكن ، والخادم ، وكتب الفقيه وسلاح الجندى ، والرطب والعنب ، والشرط ، والتعليق ، والاستثناء ، والدور ، والحصر ، والإشاعة ، والعدالة ، والأداء ، والقضاء ، والإعادة ، والإدراك ، والتحمل ، والتعبدية ، والموالاة ؛ وفروض الكفاية ، وسنتها والسفر ، والحرم ، والمساجد ، وغير ذلك . وفى ضمن ذلك قواعد وفوائد ، وتتمات وزوائد ، تبهج الناظر ، وتسر الخاطر .

الكتاب الخامس : فى نظائر الأبواب ، أعنى التى هى من باب واحد ، مرتبة على أبواب الفقه . والمخاطب بهذا الباب والذى يليه المبتدئون .

الكتاب السادس : فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة .

الكتاب السابع : فى نظائر شتى .

واعلم أن كل كتاب من هذه الكتب السبعة لو أفرد بالتصنيف لكان كتابا كاملا ، بل كل ترجمة من تراجمه تصلح أن تكون مؤلفا حافلا .

وقد صدرت كل قاعدة بأصلها من الحديث والأثر ، وحيث كان فى إسناد الحديث ضعف أعملت جهدى فى تتبع الطرق والشواهد لتقويته على وجه مختصر ، وهذا أمر لا ترى عينك الآن فقيها يقدر عليه ، ولا يلتفت بوجهه إليه . وأنت إذا تأملت كتابى هذا علمت أنه نخبة عمر ، وزبدة دهر ، حوى من المباحث المهمات ، وأعان عند نزول الملمات ، وأثار مشكلات المسائل المدلهمات ، فإنى عمدت فيه إلى مقفلات ففتحتها ، ومعضلات فنقحتها ، ومطولات فلخصتها ، وغرائب قل أن توجد منصوصة فنصصتها .

واعلم أن الحامل لى على إبداء هذا الكتاب أنى كنت كتبت من ذلك أنموذجا لطيفا فى كتاب سميته (شوارد الفوائد ، فى الضوابط والقواعد) فرأيته وقع موقعا حسنا من الطلاب ، وابتهج به كثير من أولى الألباب ، وهذا الكتاب هو بالنسبة إلى هذا كقطرة من قطرات بحر ، وشذرة من شذرات نحر ..

وكأني بالناس وقد افترقوا فيه فرقا : فرقة قد إنطوت على الحسد جنوبهم ، ورامت إطفاء نوره بأفواههم ، وماهم ببالغيه إلا أن تقطع قلوبهم ؟ وكيف يقاس من نشأ في حجر العلم منذ كان في مهده ، ودأب فيه غلاما وشابا وكهلا ، حتى وصل إلى قصده ، بدخيل أقام سنوات في لهو ولعب ، وقطع أوقاتا يحترف فيها أو يكتسب ، ثم لاحت منه التفاتة إلى العلم ، فنظر فيه وما احتكم ، وقنع منه بتحلة القسم ، ورضى بأن يقال : عالم وما اتسم ؟

أنا ابن دارة معروفا بها نسبي   وهل بدارة يالناس من عار !

على أنا لانتكل على الأحساب والأنساب . ولا نكل عن طلب المعالى بالاكتساب

لسنا وإن كنا ذوى حسب   يوما على الأحساب نتكل

نبنى كما كانت أوائلنا   تبنى ، ونفعل مثل مافعلوا

وأكثر ماعند هذه الفرقة : أن تزدرى بالشباب ، وبالشيخوخة افتخارها ، وتلك شكاة ظاهر عنك عارها ، ولو أنصفت لعرفت أن ذلك من سمات المدح ، لامن وصمات القدح ، وكفى بالرد عليها عند أولى الألباب ماورد مرفوعا وموقوفا « ما أوتى عالم علما إلا وهو شاب » .

وفرقة . غلب عليها الجهل المركب ، وبعد عنها طريق الخير وتنكب ، لاتبرح جدا لا ولا تعى مقالا ، ولا تحسن جوابا ولا سؤالا ، ليس لها دأب إلا أكل الحرام ، والخوض في أعراض الأنام ، وغمص الناس نهارا ، وبالليل نيام ، فهذه لاتصلح لخطاب ولا تأهل إذا غابت لأن تعاب والسلام .

وفرقة آتاها الله هداها ، وألهمها تقواها ، وزكاها مولاها ، فرأت محاسنه وسناها ، وفوائده التى لاتتناهى ، فاعترفت بشكرها وثناها ، واغترفت من بحرها ولم يلوها عذل عاذل ولاثناها ، وارتشفت من كؤوس حمياها ، وانتشقت من شذا عرف رياها . وهذه طائفة لانكاد نراها ، ولا نسمع بخبرها فوق الأرض وثراها ، فحياها الله وبياها وأمطر علينا سحائب فضله وإياها .

فصل : اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ، ويتمهر فى فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التى ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التى لاتنقضى على مر الزمان . ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر .

وقد وجدت لذلك أصلا من كلام عمر بن الخطاب :

أخبرنا شيخنا الإمام تقي الدين الشمني ، أخبرنا أبو الحسن بن عبد الكريم ، أخبرنا أبو العباس أحمد بن يوسف (ح) وكتب إليّ عاليا أبو عبد الله محمد بن مقبل الحلبي ، عن محمد بن علي الحراوي قال : أخبرنا الحافظ أبو محمد الدمياطي ، أخبرنا الحافظ أبو الحجاج ابن خليل ، أخبرنا أبو الفتح بن محمد ، أخبرنا إسماعيل بن الفضل أخبرنا أبو طاهر محمد بن أحمد (ح) قال الدمياطي : وأنبأنا عاليا أبو الحسن بن المقير ، أخبرنا المبارك بن أحمد إجازة ، أنبأنا أبو الحسن بن المهتدي بالله قالا : أنبأنا الإمام أبو الحسن الدارقطني ، حدثنا أبو جعفر محمد ابن سليمان النعماني ، حدثنا عبد الله عبد الصمد بن أبي خداش ، حدثنا عيسى بن يونس ، حدثنا عبيد الله بن أبي حميد عن أبي المليح الهذلي قال:

كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري :

« أما بعد . فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، لا يمنعك قضاء قضيته ، راجعت فيه نفسك ، وهديت فيه لرشدك ، أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ، مما لم يبلغك في الكتاب والسنة ، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك ، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق ، فيما ترى » ،

هذه قطعة من كتابه ، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها ، ليقاس عليها ماليس بمنقول .

وفي قوله : « فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق » إشارة إلى أن من النظائر مايخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به وهو الفن المسمى بالفروق ، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى ، المختلفة حكما وعلة .

وفي قوله : « فيما ترى » إشارة إلى أن المجتهد إنما يكلف بما ظنه صوابا ، وليس عليه أن يدرك الحق في نفس الأمر ، ولا أن يصل إلى اليقين ، وإلى أن المجتهد لا يقلد غيره .

الكتاب الأول

فى شرح القواعد الخمس التى ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها

حكى القاضى أبو سعيد الهروى أن بعض أئمة الحنفية بهراة بلغه أن الإمام أبا طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر، رد جميع مذهب أبى حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، فسافر إليه. وكان أبو طاهر ضريرا ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه ، فالتف الهروى بحصير ، وخرج الناس ، وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعا ، فحصلت للهروى سعلة ، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد ، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك ، فرجع الهروى إلى أصحابه ، وتلا عليهم تلك السبع .

قال القاضى أبو سعيد : فلما بلغ القاضى حسينا ذلك رد جميع مذهب الشافعى إلى أربع قواعد:

الأولى : اليقين لا يزال بالشك . وأصل ذلك قوله ﷺ « إن الشيطان ليأتى أحدكم وهو فى صلاته ، فيقول له : أحدثت فلا ينصرف ، حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » .

والثانية : المشقة تجلب التيسير . قال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقال ﷺ « بعثت بالحنيفية السمحة ».

الثالثة : الضرر يزال . وأصلها قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

الرابعة : العادة محكمة ، لقوله ﷺ « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» انتهى .

قال بعض المتأخرين : فى كون هذه الأربع دعائم الفقه كله نظر ، فإن غالبه لا يرجع إليها إلا بواسطة وتكلف .

وضم بعض الفضلاء إلى هذه قاعدة خامسة . وهى : الأمور بمقاصدها ، لقوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » وقال « بنى الإسلام على خمس » والفقه على خمس .

قال العلائى : وهو حسن جدا ، فقد قال الإمام الشافعى : يدخل فى هذا الحديث ثلث العلم.

وقال الشيخ تاج الدين السبكى : التحقيق عندى أنه إن أريد رجوع الفقه إلى خمس بتعسف وتكلف وقول جملى ، فالخامسة داخلة فى الأولى، بل رجع الشيخ عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفاسد . بل قد يرجع الكل إلى اعتبار المصالح . فإن درء المفاسد من جملتها . ويقال على هذا : واحدة من هؤلاء الخمس كافية ، والأشبه أنها الثالثة ، وإن أريد الرجوع بوضوح ، فإنها تربو على الخمسين ، بل على المئين اه .

وها أنا أشرح هذه القواعد ، وأبين ما فيها من النظائر :

القاعدة الأولى

الأمور بمقاصدها

فيها مباحث :

(الأول) الأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب . والعجب أن مالكا لم يخرجه في الموطأ ، وأخرجه ابن الأشعث في سننه ، من حديث على بن أبي طالب والدارقطني في غرائب مالك . وأبو نعيم في الحلية ، من حديث أبي سعيد الخدري وابن عساكر في أماليه ، من حديث أنس ، كلهم بلفظ واحد . وعند البيهقي في سننه من حديث أنس « لا عمل لمن لا نية له » وفي مسند الشهاب من حديثه « نية المؤمن خير من عمله » . وهو بهذا اللفظ في معجم الطبراني الكبير من حديث سهل بن سعد والنواس بن سمعان ، وفي مسند الفردوس للديلمي من حديث أبي موسى .

وفي الصحيح من حديث سعد بن أبي وقاص « إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما تجعل في في امرأتك » . ومن حديث ابن عباس « ولكن جهاد ونية ». وفي مسند أحمد من حديث ابن مسعود « رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته » وعند ابن ماجه من حديث أبي هريرة وجابر بن عبد الله « يبعث الناس على نياتهم » وفي السنن الأربعة من حديث عقبة بن عامر « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة، ــ وفيه ــ : وصانعه يحتسب في صنعته الأجر » وعند النسائي من حديث أبي ذر « من أتى فراشه وهو ينوي أن يقوم يصلي من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كتب له ما نوى » وفي معجم الطبراني من حديث صهيب « أيما رجل تزوج امرأة فنوى ألا يعطيها من صداقها شيئا مات يوم يموت وهو زان ، وأيما رجل اشترى من رجل بيعا فنوى ألا يعطيه من ثمنه شيئا مات يوم يموت وهو خائن » وفيه أيضا من حديث أبي أمامة « من ادان دينا وهو ينوي أن يؤديه أداه الله عنه يوم القيامة ، ومن ادان دينا وهو ينوي أن لا يؤديه فمات قال الله يوم القيامة : ظننت أني لا آخذ لعبدي بحقه ؟ فيؤخذ من حسناته فتجعل في حسنات الآخر ، فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات الآخر ، فجعلت عليه » .

المبحث الثانى فيما يرجع إلى هذه القاعدة من أبواب الفقه

اعلم أنه قد تواتر النقل عن الأئمة فى تعظيم قدر حديث النية :

قال أبو عبيدة : ليس في أخبار النبى ﷺ شىء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه .

واتفق الإمام الشافعى وأحمد بن حنبل وابن مهدى ، وابن المدينى ، وأبو داود ، والدارقطنى وغيرهم على أنه ثلث العلم : ومنهم من قال : ربعه . ووجه البيهقى كونه ثلث العلم : بأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه . فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها ، لأنها قد تكون عبادة مستقلة ، وغيرها يحتاج إليها . ومن ثم ورد « نية المؤمن خير من عمله » .

وكلام الإمام أحمد يدل على أنه أراد بكونه ثلث العلم ، أنه أحد القواعد الثلاث التى ترد إليها جميع الأحكام عنده . فإنه قال : أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث : حديث « الأعمال بالنية » وحديث « من أحدث فى أمرنا هذا ماليس منه فهو رد »(١) وحديث «الحلال بين والحرام بين»

وقال أبو داود : مدار السنة على أربعة أحاديث : حديث «الأعمال بالنيات» وحديث «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه» وحديث « الحلال بين والحرام بين » وحديث « إن الله طيب لايقبل إلا طيبا » وفى لفظ عنه : يكفى الإنسان لدينه أربعة أحاديث ، فذكرها ، وذكر بدل الأخير : حديث « لا يكون المؤمن مؤمنا حتى يرضى لأخيه ما يرضى لنفسه » .

وعنه أيضا : الفقه يدور على خمسة أحاديث « الأعمال بالنيات » و « الحلال بين » و « لا ضرر ولا ضرار » و « ما نهيتكم عنه فانتهوا وما أمرتكم به فائتوا منه ما استطعتم(٢) » .

وقال الدار قطنى : أصول الأحاديث أربعة « الأعمال بالنيات » و « من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه » و « الحلال بين » و « ازهد فى الدنيا يحبك الله » .

وحكى الخفاف من أصحابنا فى كتاب الخصال عن ابن مهدى وابن المدينى : أن مدار الأحاديث على أربعة : « الأعمال بالنيات » و « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث » و « بنى الإسلام على خمس » و « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وقال ابن مهدى أيضا : حديث النية يدخل فى ثلاثين بابا من العلم .

---

(١) رواه مسلم بلفظ : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد

(٢) رواه البخارى ومسلم بلفظ إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه

وقال الشافعي : يدخل في سبعين بابا .

قلت : وهذا ذكر ما يرجع إليه من الأبواب إجمالا .

من ذلك : ربع العبادات بكماله ، كالوضوء ، والغسل فرضا ونفلا ، ومسح الخف في مسألة الجرموق إذا مسح الأعلى وهو ضعيف ، فينزل البلل إلى الأسفل ، والتيمم وإزالة النجاسة على رأى ؛ وغسل الميت على رأى ، والأوانى في مسألة الضبة بقصد الزينة أو غيرها . والصلاة بأنواعها : فرض عين وكفاية ، وراتبة وسنة ، ونفلا مطلقا ، والقصر ، والجمع ، والإمامة والاقتداء وسجود التلاوة والشكر ، وخطبة الجمعة على أحد الوجهين ، والأذان على رأى ، وأداء الزكاة واستعمال الحلى أو كنزه ، والتجارة ، والقنية ، والخلطة على رأى ، وبيع المال الزكوى ، وصدقة التطوع ، والصوم فرضا ونفلا ، والاعتكاف ، والحج والعمرة كذلك ، والطواف فرضا واجبا وسنة ، والتحلل المحصر ، والتمتع على رأى ، ومجاوزة الميقات ، والسعى والوقوف على رأى ، والفداء ، والهدايا ، والضحايا فرضا ونفلا ، والنذور والكفارات ، والجهاد والعتق والتدبير ، والكتابة ، والوصية ، والنكاح ، والوقف ، وسائر القرب، بمعنى توقف حصول الثواب على قصد التقرب بها إلى الله تعالى ، وكذلك نشر العلم تعليما وإفتاء وتصنيفا ، والحكم بين الناس وإقامة الحدود ، وكل ما يتعاطاه الحكام والولاة ، وتحمل الشهادات وأداؤها .

بل يسرى ذلك إلى سائر المباحات إذا قصد بها التقوي على العبادة أو التوصل إليها ، كالأكل والنوم ، واكتساب المال وغير ذلك ، وكذلك النكاح والوطء إذا قصد به إقامة السنة أو الإعفاف أو تحصيل الولد الصالح ، وتكثير الأمة . ويندرج في ذلك ما لا يحصى من المسائل .

ومما تدخل فيه من العقود ونحوها : كنايات البيع والهبة ، والوقف ، والقرض، والضمان ، والإبراء، والحوالة ، والإقالة ، والوكالة ، وتفويض القضاء ، والإقرار ، والإجارة، والوصية ، والعتق ، والتدبير ، والكتابة ، والطلاق ، والخلع ، والرجعة ، والإيلاء ، والظهار ، والأيمان والقذف ، والأمان .

وتدخل أيضا فيها في غير الكنايات في مسائل شتى : كقصد لفظ الصريح لمعناه ، ونية المعقود عليه في المبيع والثمن ، وعوض الخلع ، والمنكوحة ، ويدخل في بيع المال الربوى ونحوه وفي النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل .

وفي القصاص في مسائل كثيرة ، منها تمييز العمد وشبهه من الخطأ ، ومنها إذا قتل الوكيل في القصاص ، إن قصد قتله عن الموكل ، أو قتله بشهوة نفسه ، وفي الردة ، وفي السرقة فيما إذا

أخذ آلات الملاهي بقصد كسرها وإشهارها أو بقصد سرقتها ، وفيما إذا أخذ الدائن مال المدين بقصد الاستيفاء ، أو السرقة ، فلا يقطع في الأول ، ويقطع في الثاني . وفي أداء الدين ، فلو كان عليه دينان لرجل ، بأحدهما رهن ، فأدى أحدهما ونوى به دين الرهن . انصرف إليه . والقول قوله في نيته . وفي اللقطة بقصد الحفظ أو التمليك ، وفيما لو أسلم على أكثر من أربع . فقال : فسخت نكاح هذه ، فإن نوى به الطلاق كان تعيينا لاختيار النكاح ، وإن نوى الفراق أو أطلق حمل على اختيار الفراق ، وفيما لو وطىء أمة بشبهة ، وهو يظنها زوجته الحرة ، فإن الولد ينعقد حرا . وفيما لو تعاطى فعل شيء مباح له ، وهو يعتقد عدم حله ، كمن وطىء امرأة يعتقد أنها أجنبية ، وأنه زان بها ، فإذا هي حليلته . أو قتل من يعتقده معصوما ، فبان أنه يستحق دمه . أو أتلف مالا لغيره ، فبان ملكه .

قال الشيخ عز الدين . يجرى عليه حكم الفاسق لجرأته على الله ، لأن العدالة إنما شرطت لتحصل الثقة بصدقه ، وأداء الأمانة ، وقد انخرمت الثقة بذلك ، لجرأته بارتكاب ما يعتقده كبيرة .

قال : وأما مفاسد الآخرة فلا يعذب تعذيب زان ولا قاتل ، ولا آكل مالا حراما . لأن عذاب الآخرة مرتب على ترتب المفاسد في الغالب ، كما أن ثوابها مرتب على ترتب المصالح في الغالب .

قال : والظاهر أنه لا يعذب تعذيب من ارتكب صغيرة ، لأجل جرأته وانتهاك الحرمة . بل عذابا متوسطا بين الصغيرة والكبيرة .

وعكس هذا : من وطىء أجنبية وهو يظنها حليلة له ولا يترتب عليه شيء من العقوبات والمؤاخذات المترتبة على الزاني ، اعتبارا بنيته ومقصده .

وتدخل النية أيضا . في عصير العنب بقصد الخلية والخمرية ، وفي الهجر فوق ثلاثة أيام فإنه حرام ، إن قصد الهجر وإلا فلا .

ونظيره أيضا : ترك الطيب والزينة فوق ثلاثة أيام لموت غير الزوج ، فإنه إن كان بقصد الإحداد حرم وإلا فلا .

وتدخل أيضا في نية قطع السفر ، وقطع القراءة في الصلاة ، وقراءة القرآن جنبا بقصده ، أو بقصد الذكر . وفي الصلاة بقصد الإفهام ، وفي غير ذلك . وفي الجعالة إذا التزم جعلا لمعين ، فشاركه غيره في العمل إن قصد إعانته ، فله كل الجعل ، وإن قصد العمل للمالك فله قسطه ، ولا شيء للمشارك : وفي الذبائح .

فهذه سبعون بابا ، أو أكثر ، دخلت فيها النية كما ترى .

فعلم من ذلك فساد قول من قال : إن مراد الشافعى بقوله «تدخل فى سبعين بابا من العلم» المبالغة . وإذا عددت مسائل هذه الأبواب التى للنية فيها مدخل لم تقصر عن أن تكون ثلث الفقه أو ربعه .

وقد قيل فى قوله ﷺ « نية المؤمن خير من عمله » إن المؤمن يخلد فى الجنة وإن أطاع الله مدة حياته فقط ، لأن نيته أنه لو بقى أبد الآباد لاستمر على الإيمان، فجوزى على ذلك بالخلود فى الجنة. كما أن الكافر يخلد فى النار، وإن لم يعص الله إلا مدة حياته فقط، لأن نيته الكفر ما عاش.

المبحث الثالث فيما شرعت النية لأجله

المقصود الأهم منها : تمييز العبادات من العادات ، وتمييز رتب العبادات بعضها من بعض ، كالوضوء والغسل ، يتردد بين التنظف والتبرد ، والعبادة ، والإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية والتداوى ، أو لعدم الحاجة إليه . والجلوس فى المسجد ، قد يكون للاستراحة . ودفع المال للغير ، قد يكون هبة أو وصلة لغرض دنيوى ، وقد يكون قربة كالزكاة ، والصدقة ، والكفارة . والذبح قد يكون بقصد الأكل ، وقد يكون للتقرب بإراقة الدماء ، فشرعت النية لتمييز القرب من غيرها . وكل من الوضوء والغسل والصلاة والصوم ونحوها قد يكون فرضا ونذرا ونفلا . والتيمم قد يكون عن الحدث أو الجنابة . وصورته واحدة . فشرعت لتمييز رتب العبادات بعضها من بعض

ومن ثم ترتب على ذلك أمور :

أحدها : عدم اشتراط النية فى عبادة لا تكون عادة ، أو لا تلتبس بغيرها ، كالإيمان بالله تعالى ، والمعرفة والخوف والرجاء ، والنية ، وقراءة القرآن ، والأذكار ، لأنها متميزة بصورتها ، نعم يجب فى القراءة إذا كانت منذورة ، لتميز الفرض من غيره . نقله القمولى فى الجواهر عن الرويانى ، وأقره .

وقياسه : أن نذر الذكر والصلاة على النبى ﷺ كذلك ، نعم إن نذر الصلاة عليه كلما ذكر ، فالذى يظهر لى أن ذلك لا يحتاج إلى نية لتميزه بسببه .

وأما الأذان : فالمشهور أنه لا يحتاج إلى نية . وفيه وجه فى البحر ، وكأنه رأى أنه يستحب لغير الصلاة ، كما سيأتى ، فأوجب فيه النية للتمييز .

وأما خطبة الجمعة : ففى اشتراط نيتها والتعرض للفرضية فيها خلاف فى الشرح والروضة بلا ترجيح . وفى الكفاية : أنه مبنى على أنها بمثابة ركعتين . ومقتضاه ترجيح أنها شرط ، وجزم به الأذرعى فى التوسط . وعندى خلافه ، بل يجب أن لا يقصد غيرها .

وأما التروك : كترك الزنا وغيره ، فلم يحتج إلى نية ، لحصول المقصود منها . وهو اجتناب المنهى بكونه لم يوجد ، وإن لم يكن نية . نعم يحتاج إليها فى حصول الثواب المترتب على الترك. ولما ترددت إزالة النجاسة بين أصلين : الأفعال من حيث إنها فعل ، والتروك من حيث إنها قريبة منها جرى فى اشتراط النية خلاف . ورجح الأكثرون عدمه تغليبا لمشابهة التروك .

ونظير ذلك أيضا : غسل الميت ، والأصح فيه أيضا عدم الاشتراط ، لأن القصد منه التنظيف كإزالة النجاسة .

ونظيره أيضا : نية الخروج من الصلاة ؛ هل تشترط ؟ والأصح لا : قال الإمام لأن النية إنما تليق بالإقدام ، لا بالترك

ونظيره أيضا : صوم التمتع والقران ، هل يشترط فيه نية التفرقة ؟ والأصح لا ، لأنها حاصلة بدونها .

ونظيره أيضا : نية التمتع ، هل تشترط فى وجوب الدم ؟ والأصح ؛ لا لأنه متعلق بترك الإحرام للحج من الميقات ، وذلك موجود بدونها .

ونظيره أيضا : نية الخلطة ، هل تشترط ؟ والأصح : لا ، لأنها إنما أثرت فى الزكاة للاقتصار على مؤنة واحدة ، وذلك حاصل بدونها .

ومقابل الأصح فى الكل راعى جانب العبادات ، فقاس غسل الميت على غسل الجنابة والتمتع على الجمع بين الصلاتين ، فإنه جمع بين نسكين . ولهذا جرى فى وقت نيته الخلاف فى وقت نية الجمع . وفى الجمع وجه أنه لا يشترط فيه النية ، واختاره البلقينى قال : لأنه ليس بعمل ، وإنما العمل الصلاة ، وصورة الجمع حاصلة بدون نية ولهذا لا تجب فى جمع التأخير ، نعم يجب فيه أن يكون التأخير بنية الجمع . ويشترط كون هذه النية فى وقت الأولى بحيث يبقى من وقتها بقدر ما يسعها : فإن أخر بغير نية الجمع حتى خرج الوقت أو ضاق بحيث لا يسع الفرض عصى وصارت الأولى قضاء ، هكذا جزم به الأصحاب . ويقرب منه ما ذكر النووى فى شرح المهذب والتحقيق أن الأصح

فى الصلاة وفى كل واجب موسع إذا لم يفعل فى أول الوقت أنه لابد عند التأخير من العزم على فعله فى أثناء الوقت ، والمعروف فى الأصول خلاف ذلك . وقد جزم ابن السبكى فى جمع الجوامع بأنه لايجب العزم على المؤخر .

وأورد عليه ماذكره النووى فيما تقدم .

فأجاب فى منع الموانع : بأن مثل هذا لايؤخذ من التحقيق ، ولا من شرح المهذب وأن القول بالوجوب لايعرف إلا عن القاضى ومن تبعه

قال : ولولا جلالة القاضى لقلت : إن هذا من أفحش الأقوال ، ولولا أنى وجدته منصوصا فى كلامه منقولا فى كلام الأثبات عنه ، لجوزت الزلل على الناقل لسفاهة هذا القول فى نفسه . وهو قول مهجور فى هذه الملة الإسلامية ، أعتقد أنه خارق لإجماع المسلمين ليس لقائله شبهة يرتضيها محقق ، وهو معدود من هفوات القاضى . ومن العظائم فى الدين ، فإنه إيجاب بلا دليل . انتهى .

ضابط : قال بعضهم : ليس لنا عبادة يجب العزم عليها ولا يجب فعلها سوى الفار من الزحف لايجوز إلا بقصد التحيز إلى فئة ، وإذا تحيز إليها لا يجب القتال معها فى الأصح ، لأن العزم مرخص له فى الانصراف لاموجب للرجوع .

الأمر الثانى

اشتراط التعيين فيما يلتبس دون غيره ، قال فى شرح المهذب : ودليل ذلك قوله ﷺ « وإنما لكل امرىء مانوى » فهذا ظاهر فى اشتراط التعيين . لأن أصل النية فهم من أول الحديث « إنما الأعمال بالنيات » .

فمن الأول : الصلاة ، فيشترط التعيين فى الفرائض ، لتساوى الظهر والعصر فعلا وصورة ، فلا يميز بينهما إلا التعيين . وفى النوافل غير المطلقة ، كالرواتب ، فيعينها بإضافتها إلى الظهر مثلا ، وكونها التى قبلها أو التى بعدها ، كما جزم به فى شرح المهذب والعيدين ، فيعينهما بالفطر والنحر . وقال الشيخ عز الدين : ينبغى أن لايجب التعرض لذلك ، لأنهما يستويان فى جميع الصفات ؛ فيلحق بالكفارات والتراويح ، والضحى ، والوتر ، والكسوف والاستسقاء ، فيعينها بما اشتهرت به . هذا ماذكر فى الروضة وأصلها وشرح المهذب ، فى باب صفة الصلاة .

وبقى نوافل أخر ، منها ركعتا الإحرام ، والطواف . قال فى المهمات : وقد نقل فى الكفاية عن الأصحاب : اشتراط التعيين فيهما ، وصرح بركعتى الطواف النووى فى تصحيح التنبيه ، وعدها فيما يجب فيه التعيين بلا خلاف .

قلت : وصرح بركعتى الإحرام فى المناسك .

ومنها : التحية ، فنقل فى المهمات عن الكفاية أنها تحصل بمطلق الصلاة ، ولايشترط فيها التعيين بلا شك . وقال فى شرح المنهاج : فيه نظر ، لأن أقلها ركعتان ولم ينوهما ، إلا أن يريد الإطلاق مع التقييد بركعتين .

ومنها : سنة الوضوء . قال فى المهمات : ويتجه إلحاقها بالتحية ، وقد صرح بذلك الغزالى فى الإحياء .

قلت : المجزوم به فى الروضة فى آخر باب الوضوء خلاف ذلك . وأما الغزالى فإنه أنكر فى الإحياء سنة الوضوء ، أصلا ورأسا .

ومنها : صلاة الاستخارة والحاجة : ولاشك فى اشتراط التعيين فيهما . ولم أر من تعرض لذلك ، لكن قال النووى فى الأذكار : الظاهر أن الاستخارة تحصل بركعتين من السنن الرواتب ، وبتحية المسجد ، وبغيرها من النوافل .

قلت : فعلى هذا يتجه إلحاقها بالتحية فى عدم اشتراط التعيين ، ومثلها صلاة الحاجة .

ومنها : سنة الزوال ، وهى أربع ركعات : تصلى بعده لحديث ورد بها ، وذكرها المحاملى فى الكتاب وغيره ، والمتجه أنها كسنة الوضوء . فإن قلنا : باشتراط التعيين فيها ، فكذا هنا وإلا فلا ، لأن المقصود إشغال ذلك الوقت بالعبادة كما أشار إليه النبى ﷺ حيث قال : « إنها ساعة تفتح فيها أبواب السماء ، فأحب أن يصعد لى فيها عمل صالح » .

ومنها : صلاة التسبيح والقتل ، ولاشك فى اشتراط التعيين فى الأولى وإن كانت ليست ذات وقت ولاسبب . وأما الثانية فلها سبب متأخر كالإحرام ، فيحتمل اشتراط التعيين فيها ، ويحتمل خلافه .

ومنها : صلاة الغفلة ، بين المغرب والعشاء ، والصلاة فى بيته ، إذا أراد الخروج لسفر ، والمسافر إذا نزل منزلا وأراد مفارقته ، يستحب أن يودعه بركعتين ، والظاهر فى الكل عدم

اشتراط التعيين ، لأن المقصود إشغال الوقت أو المكان بالصلاة ، كالتحية ولم أر من تعرض لذلك كله .

ومن ذلك : الصوم ، والمذهب المنصوص الذى قطع به الأصحاب اشتراط التعيين فيه ، لتميز رمضان من القضاء والنذر ، والكفارة ، والفدية ، وعن الحليمى ، وجه أنه لا يشترط فى رمضان ، قاله النووى ، وهو شاذ مردود ، نعم لا يشترط تعيين السنة على المذهب ، ونظيره فى الصلاة أنه لا يشترط تعيين اليوم ، لا فى الأداء ولا فى القضاء ، فيكفى فيه فائتة الظهر ، ولا يشترط أن يقول يوم الخميس ، وقياس ما تقدم فى النوافل المرتبة اشتراط التعيين فى رواتب الصوم ، كصوم عرفة ، وعاشوراء ، وأيام البيض ، وقد ذكره فى شرح المهذب بحثا ولم يقف على نقل فيه ، وهو ظاهر ، إذا لم نقل بحصولها بأى صوم كان كالتحية كما سيأتى عن البارزى .

ومثل الرواتب فى ذلك : الصوم ذو السبب ، وهو الأيام المأمور بها فى الاستسقاء .

ومن الثانى : أعنى ما لا يشترط فيه التعيين : الطهارات ، والحج والعمرة ، لأنه لو عين غيرها انصرف إليها ، وكذا الزكاة والكفارات .

ضابط : قال الشيخ فى المهذب : كل موضع افتقر إلى نية الفرضية افتقر إلى تعيينها إلا التيمم للفرض فى الأصح .

قاعدة : وما لا يشترط التعرض له جملة وتفصيلا إذا عينه وأخطأ لم يضر ، كتعيين مكان الصلاة وزمانها ، وكما إذا عين الإمام من يصلى خلفه ، أو صلى فى الغيم ، أو صام الأسير ، ونوى الأداء والقضاء فبان خلافه ، وما يشترط فيه التعيين ، فالخطأ فيه مبطل ، كالخطأ من الصوم إلى الصلاة وعكسه ، ومن صلاة الظهر إلى العصر .

وما يجب التعرض له جملة ولا يشترط تعيينه تفصيلا إذا عينه وأخطأ ضر ، وفى ذلك فروع :

أحدها : نوى الاقتداء بزيد ، فبان عمرا لم يصح .

الثانى : نوى الصلاة على زيد فبان عمرا ، أو على رجل فكان امرأة أو عكسه لم تصح . ومحله فى الصورتين : ما لم يشر كما سيأتى فى مبحث الإشارة ، وقال السبكى فى الصورة الأولى ينبغى بطلان نية الاقتداء لا نية الصلاة ، ثم إذا تابعه خرج على متابعة من ليس بإمام بل ينبغى هنا الصحة وجعل ظنه عذرا ، وتابعه فى المهمات على هذا البحث .

وأجيب بأنه قد يقال . فرض المسألة : حصول المتابعة ، فإن ذلك شأن من ينوى الاقتداء ، والأصح فى متابعة من ليس بإمام البطلان .

الثالث : لايشترط تعيين عدد الركعات ، فلو نوى الظهر خمسا أو ثلاثا ، لم يصح لكن قال فى المهمات : إنما فرض الرافعى المسألة فى العلم ، فيؤخذ منه أنه لايؤثر عند الغلط .

قلت : ذكر النووى المسألة فى شرح المهذب فى باب الوضوء ، وفرضها ، فى الغلط فقال : ولو غلط فى عدد الركعات ، فنوى الظهر ثلاثا أو خمسا ، قال أصحابنا : لايصح ظهره ، هذه عبارته ، ويؤيده تعليله البطلان فى باب الصلاة بتقصيره .

ونظير هذه المسألة : من صلى على موتى ، لايجب تعيين عددهم ولا معرفته ، فلو اعتقدهم عشرة فبانوا أكثر ، أعاد الصلاة على الجميع ، لأن فيهم من لم يصل عليه ، وهو غير معين ، قاله فى البحر . قال وإن بانوا أقل ، فالأظهر الصحة ، ويحتمل خلافه لأن النية قد بطلت فى الزائد لكونه معدوما . فتبطل فى الباقى .

الرابع : نوى قضاء ظهر يوم الاثنين ، وكان عليه ظهر يوم الثلاثاء ، لم يجزئه .

الخامس : نوى ليلة الاثنين صوم يوم الثلاثاء ، أو فى سنة أربع صوم رمضان سنة ثلاث ، لم يصح بلا خلاف .

السادس : عليه قضاء اليوم الأول من رمضان ، فنوى قضاء اليوم الثانى ، لم يجزئه على الأصح

السابع : عين زكاة ماله الغائب ، فكان تالفا لم يجزئه عن الحاضر .

الثامن : نوى كفارة الظهار . فكان عليه كفارة قتل لم يجزئه .

التاسع : نوى دينا ، وبان أنه ليس عليه ، لم يقع عن غيره : ذكره السبكى :

وخرج عن ذلك صور :

منها : لو نوى رفع حدث النوم ، مثلا ، وكان حدثه غيره ، أورفع جنابة الجماع وجنابته باحتلام ، أو عكسه ، أو رفع حدث الحيض وحدثها الجنابة ، أو عكسه ، خطأ لم يضر . وصح الوضوء والغسل فى الأصح .

واعتذر عن خروج ذلك عن القاعدة بأن النية فى الوضوء والغسل ليست للقربة ، بل للتمييز ، بخلاف تعيين الإمام والميت مثلا ، وبأن الأحداث وإن تعددت أسبابها فالمقصود منها واحد وهو المنع من الصلاة ، ولا أثر لأسبابها من نوم أو غيره .

ومنها : مالو نوى المحدث رفع الأكبر غالطا فإنه يصح كما ذكره فى شرح المهذب ولم يستحضره الإسنوى ومن تابعه فنقلوه عن المحب الطبرى . وعبارة شرح المهذب لو نوى المحدث غسل أعضائه الأربعة عن الجنابة غلطا ظانا أنه جنب صح وضوءه وأما عكسه، وهو أن ينوى الجنب رفع الأصغر غلطا فالأصح أنه يرتفع عن الوجه واليدين والرجلين فقط دون الرأس ، لأن فرضها فى الأصغر المسح فيكون هو المنوى دون الغسل ، والمسح لا يغنى عن الغسل ،

ومنها : إذا قلنا باشتراط نية الخروج من الصلاة ، لا يشترط تعيين الصلاة التى يخرج منها ، فلو عين غير التى هو فيها خطأ ، لم يضر ، بل يسجد للسهو ويسلم ثانيا ، أو عمدا بطلت صلاته . وإن قلنا بعدم وجوبها ، لم يضر الخطأ فى التعيين مطلقا .

تنبيه : أما لو وقع الخطأ فى الاعتقاد دون التعيين فإنه لا يضر ، كأن ينوى ليلة الاثنين صوم غد ، وهو يعتقده الثلاثاء ، أو ينوى صوم غد من رمضان هذه السنة وهو يعتقدها سنة ثلاث . فكانت سنة أربع ، فإنه يصح صومه .

ونظيره فى الاقتداء : أن ينوى الاقتداء بالحاضر مع اعتقاد أنه زيد ، وهو عمرو فإنه يصح قطعا . صرح به الرويانى فى البحر . وفى الصلاة : لو أدى الظهر فى وقتها ، معتقدا أنه يوم الاثنين فكان الثلاثاء صح نقله فى شرح المهذب عن البغوى . قال : ولو غلط فى الأذان ، فظن أنه يؤذن للظهر ، وكانت العصر فلا أعلم فيه نقلا ، وينبغى أن يصح ، لأن المقصود الإعلام ممن هو أهله ، وقد حصل .

ولو تيمم معتقدا أن حدثه أصغر ، فبان أكبر ، أو عكسه . صح ، ولو طاف الحاج معتقدا أنه محرم بعمرة ، أو عكسه أجزأه .

تنبيه : من المشكل على ما قررناه ما صححوه من أن الذى أدرك الإمام فى الجمعة بعد ركوع الثانية ينوى الجمعة . مع أنه إنما يصلى الظهر ، وعلله الرافعى بموافقة الإمام قال الإسنوى : ولا يخفى ضعف هذا التعليل ، بل الصواب ما ذكروه فيمن لا عذر له ، إذا ترك الإحرام بالجمعة ، حتى رفع الإمام من الركعة الثانية ، ثم أراد الإحرام بالظهر قبل السلام ، فإنهم قالوا إن الأصح عدم انعقادها ، وعللوه بأنا تيقنا انعقاد الجمعة وشككنا فى فواتها ، إذ يحتمل أن يكون الإمام قد ترك ركنا من الركعة الأولى ، ويتذكره قبل السلام ، فيأتى به وعلى هذا فليس لنا من ينوى غير ما يؤدى إلا فى هذه الصورة .

الأمر الثالث : مما يترتب على ما شرعت النية لأجله ، وهو التمييز

اشتراط التعرض للفرضية

وفى وجوبها فى الوضوء ، والغسل ، والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والخطبة ، وجهان . والأصح اشتراطها فى الغسل دون الوضوء ، لأن الغسل قد يكون عادة ، والوضوء ، لا يكون إلا عبادة .

ووجه اشتراطها فى الوضوء أنه قد يكون تجديدا ، فلا يكون فرضا ، وهو قوى وفى الصلاة دون الصوم ، لأن الظهر تقع مثلا نفلا ، كالمعادة ، وصلاة الصبى ، ورمضان ، لا يكون من البالغ إلا فرضا فلم يحتج إلى التقييد به .

وأما الزكاة ، فالأصح الاشتراط فيها إن أتى بلفظ الصدقة ، وعدمه إن أتى بلفظ الزكاة ، لأن الصدقةقد تكون فرضا وقد تكون نفلا ، فلا يكفى بجردها ، والزكاة لا تكون إلا فرضا . لأنها اسم للفرض المتعلق بالمال ، فلا حاجة إلى تقييدها به .

وأما الحج والعمرة فلا يشترط فيهما بلا خلاف . لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض . ويشترط فى الكفارات بلا خلاف . لأن العتق أو الصوم أو الإطعام يكون فرضا ونفلا .

إذا عرفت ذلك ؛ فقول ابن القاص فى التلخيص : لايجزى فرض بغير نية فرض إلا فى ثلاثة : الحج ، والعمرة ؛ والزكاة يزاد عليه : والوضوء ، والصوم . فتصير خمسة . وسادس : وهو الجماعة . فإنها فرض ، ولا يشترط فى نيتها الفرضية . وسابع وهو الخطبة إن قلنا باشتراط نيتها وبعدم فرضيتها .

وإن شئت قلت : العبادات فى التعرض للفرضية على أربعة أقسام : ما يشترط فيه بلا خلاف ، وهو الكفارات . وما لا يشترط فيه بلاخلاف ، وهوالحج والعمرةوالجماعة ومايشترط فيه على الأصح ، وهو الغسل والصلاة والزكاة بلفظ الصدقة . وما لايشترط فيه على الأصح ، وهو الوضوء والصوم والزكاة بلفظها والخطبة .

تنبيهات : الأول : لا خلاف أن التعرض لنية الفرضية فى الوضوء أكمل ، إذا لم نوجبه ، وفيه إشكال إذا وقع قبل الوقت ، بناء على أن الوضوء لايجب بالحدث .

وجوابه : أن المراد بها فعل طهارة الحدث المشروطة فى صحة الصلاة . وشرط

الشيء يسمى فرضا من حيث إنه لا يصح إلا به . ولو كان المراد حقيقة الفرضية ، لما صح وضوء الصبي بهذه النية :

الثاني : يختص وجوب نية الفرضية في الصلاة بالبالغ ، أما الصبي فنقل في شرح المهذب عن الرافعي أنه كالبالغ ثم قال ، إنه ضعيف ، والصواب أنه لا يشترط في حقه نية الفرضية ، وكيف ينويها وصلاته لا تقع فرضا ؟ .

الثالث : من المشكل ما صححه الأكثرون في الصلاة المعادة أن ينوى بها الفرض مع قولهم ، بأن الفرض الأولى ، ولذلك اختار في زوائد الروضة وشرح المهذب قول إمام الحرمين : إنه ينوى الظهر أو العصر مثلا ولا يتعرض للفرض . قال في شرح المهذب وهو الذى تقتضيه القواعد والأدلة . وقال السبكي : لعل مراد الأكثرين أنه ينوى إعادة الصلاة المفروضة ، حتى لا يكون نفلا مبتدأ .

الرابع : لا يكفي في التيمم نية الفرضية في الأصح . فلو نوى فرض التيمم أو التيمم المفروض أو فرض الطهارة لم يصح . وفي وجه يصح كالوضوء . قال إمام الحرمين : والفرق أن الوضوء مقصود في نفسه ولهذا استحب تجديده ، بخلاف التيمم .

قلت : والأولى عندى أن يقال : إن التمييز لا يحصل بذلك ، لأن التيمم عن الحدث والجنابة فرض ، وصورته واحدة ، بخلاف الوضوء والغسل ، فإنهما يتميزان بالصورة .

وإنما قلت هذا ليتخرج على قاعدة التمييز كما قال الشيخ عز الدين : إنما شرعت النية في التيمم ، وإن لم يكن متلبساً بالعادة ، لتمييز رتبته . فإن التيمم عن الحدث الأصغر عين التيمم عن الأكبر ، وهما يختلفان .

الخامس : لا يشترط في الفرائض تعيين فرض العين بلا خلاف . وكذا صلاة الجنازة لا يشترط فيها نية فرض الكفاية على الأصح . والثاني يشترط ، لتتميز عن فرض العين .

الأمر الرابع : اشتراط الأداء والقضاء . وفيهما في الصلاة أوجه :

أحدها : الاشتراط ، واختاره إمام الحرمين ، طردا لقاعدة الحكمة التي شرعت لها النية ، لأن رتبة إقامة الفرض في وقته تخالف رتبة تدارك الفائت ، فلا بد من التعرض في كل منهما للتمييز .

والثاني : تشترط نية القضاء دون الأداء ، لأن الأداء يتميز بالوقت ، بخلاف القضاء .

والثالث : إن كان عليه فائتة اشترط في المؤداة نية الأداء ، وإلا فلا . وبه قطع الماوردي .

والرابع : وهو الأصح لا يشترطان مطلقاً ، لنص الشافعى على صحة صلاة المجتهد فى يوم الغيم، وصوم الأسير إذا نوى الأداء ، فبانا بعد الوقت . وللأولين أن يجيبوا بأنهما معذوران وأما غير الصلاة فقل من تعرض له .

وقد بسط العلائى الكلام فى ذلك فى كتابه (فصل القضاء فى الأداء والقضاء) فقال : ما لا يوصف من العبادات بأداء ولا قضاء ، فلا ريب فى أنه لا يحتاج إلى نية أداء ولا قضاء . ويلحق بذلك ما له وقت محدود ، ولكنه لا يقبل القضاء كالجمعة فلا يحتاج فيها إلى نية الأداء إذ لا يلتبس بها قضاء فتحتاج إلى نية مميزة . وأما سائر النوافل التى تقضى ، فهى كبقية الصلوات فى جريان الخلاف . وأما الصوم فالذى يظهر ترجيحه أن نية القضاء لابد منها . وقد صرح به فى التتمة ، فجزم باشتراط التعرض فيه لنية القضاء دون الأداء ، لتميزه بالوقت انتهى .

قلت : وقد ذكر الشيخان فى الصوم الخلاف فى نية الأداء ، وبقى الحج والعمرة . ولا شك أنهما لا يشترطان فيهما . إذ لو نوى بالقضاء الأداء لم يضره وانصرف إلى القضاء . ولو كان عليه قضاء حج أفسده فى صباه أو رقه ؛ ثم بلغ أو عتق فنوى القضاء ، انصرف إلى حجة الإسلام وهى الأداء .

وأما صلاة الجنازة فالذى يظهر أنه يتصور فيها الأداء والقضاء . لأن وقتها محدود بالدفن . فإن صح أنها بعده قضاء فلا يبعد جريان الخلاف فيهما .

وأما الكفارة فنص الشافعى فى كفارة الظهار على أنها تصير قضاء إذا جامع قبل أدائها . ولا شك فى عدم الاشتراط فيها .

وأما الزكاة فيتصور القضاء فيها فى زكاة الفطر . والظاهر أيضا عدم الاشتراط . وإذا ترك رمى يوم النحر أو يوم آخر تداركه فى باقى الأيام ، ولادم . وهل هو أداء أو قضاء ؟ سيأتى الكلام فيه فى مبحثه .

الأمر الخامس مما يترتب على التمييز : الإخلاص

ومن ثم لم تقبل النيابة ، لأن المقصود اختبار سر العبادة . قال ابن القاص وغيره : لا يجوز التوكيل فى النية إلا فيما اقترنت بفعل ، كتفرقة زكاة ، وذبح أضحية ، وصوم عن الميت وحج . وقال بعض المتأخرين : الإخلاص أمر زائد على النية لا يحصل بدونها . وقد تحصل بدونه . ونظر الفقهاء قاصر على النية ، وأحكامهم إنما تجرى عليها . وأما الإخلاص فأمره إلى الله . ومن ثم صححوا عدم وجوب الإضافة إلى الله فى جميع العبادات .

ثم للتشريك فى النية نظائر ؛ وضابطها أقسام :

الأول : أن ينوى مع العبادة ما ليس بعبادة ، فقد يبطلها . ويحضرنى منه صورة : وهى ما إذا ذبح الأضحية لله ولغيره ، فانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة ، ويقرب من ذلك ما لو كبر للإحرام مرات ونوى بكل تكبيرة افتتاح الصلاة ، فإنه يدخل فى الصلاة بالأوتار ؛ ويخرج بالأشفاع ؛ لأن من افتتح صلاة ثم افتتح أخرى بطلت صلاته ؛ لأنه يتضمن قطع الأولى . فلو نوى الخروج بين التكبيرتين خرج بالنية ودخل بالتكبيرة ، ولو لم ينو بالتكبيرات شيئا ؛ لا دخولا ولا خروجا : صح دخوله بالأولى ؛ والبواقى ذكر ، وقد لا يبطلها . وفيه صور :

منها : ما لو نوى الوضوء أو الغسل والتبرد ، ففى وجه لا يصح للتشريك . والأصح الصحة ؛ لأن التبرد حاصل : قصده أم لا ، فلم يجعل قصده تشريكا وتركا للإخلاص ، بل هو قصد للعبادة على حسب وقوعها ، لأن من ضرورتها حصول التبرد .

ومنها : مالو نوى الصوم ، أو الحمية أو التداوى ، وفيه الخلاف المذكور .

ومنها : مالو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت صلاته ، لأن اشتغاله عن الغريم لا يفتقر إلى قصد ، وفيه وجه خرجه ابن أخى صاحب الشامل من مسألة التبرد .

ومنها : مالو نوى الطواف وملازمة غريمه ، أو السعى خلفه ، والأصح الصحة ، لما ذكر ، فلو لم يفرد الطواف بنية لم يصح ، لأنه إنما يصح بدونها . لانسحاب حكم النية فى أصل النسك عليه . فإذا قصد ملازمة الغريم كان ذلك صارفا له ولم يبق للاندراج أثر كما سيأتى .

ونظير ذلك فى الوضوء : أن تعزب نية رفع الحدث ثم ينوى التبرد أو التنظيف والأصح أنه لا يحسب المغسول حينئذ من الوضوء .

ومنها . ماحكاه النووى عن جماعة من الأصحاب فيمن قال له إنسان : صل الظهر ولك دينار ، فصلى بهذه النية أنه تجزئه صلاته ، ولا يستحق الدينار ، ولم يحك فيها خلافه .

ومنها : ما إذا قرأ فى الصلاة آية وقصد بها القراءة والإفهام ، فإنها لا تبطل .

ومنها (١) :

تنبيه : ماصححوه من الصحة فى هذه الصور هو بالنسبة إلى الإجزاء . وأما الثواب فصرح ابن الصباغ بعدم حصوله فى مسألة التبرد نقله فى الخادم . ولاشك أن مسألة الصلاة والطواف أولى بذلك .

---

(١) بياض بالأصل ، مصححه

ومن نظائر ذلك : مسألة السفر للحج والتجارة . والذى اختاره ابن عبد السلام أنه لا أجر له مطلقا ، تساوى القصدان أم لا . واختار الغزالى اعتبار الباعث على العمل . فإن كان القصد الدنيوى هو الأغلب لم يكن فيه أجر ، وإن كان الدينى أغلب كان له الأجر بقـــدره ، وإن تساويا تساقطا .

قلت : المختار قول الغزالى ، ففى الصحيح وغيره « أن الصحابة تأثموا أن يتجروا فى الموسم بمنى فنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) فى مواسم الحج » .

القسم الثانى : أن ينوى مع العبادة المفروضة عبادة أخرى مندوبة . وفيه صور .

منها : مالا يقتضى البطلان ؛ ويحصلان معا . ومنها مايحصل الفرض فقط . ومنها مايحصل النفل فقط . ومنها : مايقتضى البطلان فى الـكل .

فمن الأول : أحرم بصلاة ونوى بها الفرض والتحية ؛ صحت ، وحصلا معا : قال فى شرح المهذب : اتفق عليه أصحابنا ، ولم أر فيه خلافا بعد البحث الشديد سنين . وقال الرافعى وابن الصلاح : لابد من جريان خلاف فيه ، كمسألة التبرد : قال النووى : والفرق ظاهر ، فإن الذى اعتمـــده الأصحاب فى تعليل البطلان فى مسألة التبرد هو التشريك بين القربة وغيرها ، وهـــذا مفقود فى مسألة التحية : فإن الفرض والتحية قربتان ، إحداهما : تحصل بلا قصد ، فلا يضر فيها القصد ، كما لو رفع الإمام صوته بالتكبير ليسمع المأمومين ، فإن صلاته صحيحة بالإجماع . وإن كان قصد أمرين ، لـكنهما قربتان انتهى .

نوى بغسله غسل الجنابة والجمعة ؛ حصلا جميعا ؛ على الصحيح ، وفيه وجه . والفرق بينه وبين التحية حيث لم يجر فيها أنها تحصل ضمنا ولو لم ينوها ، وهذا بخلافها .

نوى بسلامه الخروج من الصلاة والسلام على الحاضرين حصلا .

نوى حج الفرض وقرنه بعمرة تطوع أو عكسه حصلا .

ولو نوى بصلاته الفرض وتعليم النـاس جاز للحديث ذكره السنجى فى شرح التلخيص .

صام فى يوم عرفة مثلا قضـاء أو نذرا ، أو كفارة ، ونوى معه الصوم عن عرفة ، فأفتى البارزى بالصحة والحصول عنهما . قال : وكذا إن أطلق . فألحقه بمسألة التحية . قال الإسنوى: وهو مردود . والقياس أن لا يصلح فى صورة التشريك واحد منهما . وأن يحصل الفرض فقط فى صورة الإطلاق .

ومن الثانى . نوى بحجه الفرض والتطوع ، وقع فرضا ؛ لأنه لو نوى التطوع انصرف إلى الفرض .

صلى الفائتة فى ليالى رمضان ، ونوى معها التراويح . ففى فتاوى ابن الصلاح حصلت الفائتة دون التراويح . قال الإسنوى : وفيه نظر ، لأن التشريك مقتض للإبطال .

ومن الثالث : أخرج خمسة دراهم ، ونوى بها الزكاة وصدقة التطوع ، لم تقع زكاة ووقعت صدقة تطوع بلا خلاف .

عجز عن القراءة فانتقل إلى الذكر فأتى بالتعوذ ودعاء الاستفتاح ، قاصدا به السنة والبدلية لم يحسب عن الفرض ، جزم به الرافعى .

خطب بقصد الجمعة والكسوف لم يصح للجمعة ، لأنه تشريك بين فرض ونفل ، جزم به الرافعى .

ومن الرابع : كبر المسبوق والإمام راكع تكبيرة واحدة ، ونوى بها التحرم والهوى إلى الركوع ، لم تنعقد الصلاة أصلا للتشريك . وفى وجه : تنعقد نفلا ، كمسألة الزكاة . وفرق بأن الدراهم لم تجزئه عن الزكاة ، فبقيت تبرعا . وهذا معنى صدقة التطوع . وأما تكبيرة الإحرام فهى ركن لصلاة الفرض والنفل معا ، ولم يتمحض هذا التكبير للإحرام فلم ينعقد فرضا ، وكذا نفلا ، إذ لا فرق بينهما فى اعتبار تكبيرة الإحرام .

نوى بصلاته الفرض والراتبة ، لم تنعقد أصلا .

القسم الثالث : أن ينوى مع المفروضة فرضا آخر . قال ابن السبكى : ولا يجزىء ذلك إلا فى الحج والعمرة .

قلت : بل لهما نظير آخر . وهو أن ينوى الغسل والوضوء معا ، فإنهما يحصلان على الأصح . وفى قول نص عليه فى الأمالى لا يحصلان ، لأنهما واجبان مختلفان ، فلا يتداخلان ، كالصلاتين .

ولو طاف بنية الفرض والوداع صح للفرض . وهل يكفى للوداع ؟ حتى لو خرج عقبه أجزأه ولا يلزمه دم ؟ لم أر فيه نقلا صريحا ، وهو محتمل ، وربما يفهم من كلامهم أنه لا يكفى .

وما عدا ذلك إذا نوى فرضين بطلا ، إلا إذا أحرم بحجتين أو عمرتين ، فإنه ينعقد واحدة . وإذا تيمم لفرضين ، صح لواحد على الأصح .

(تذنيب) يشبه ذلك ما قيل : هل يتصور وقوع حجتين فى عام ؟ وقد قال الإسنوى : إنه ممنوع . وما قيل فى طريقه من أنه يدفع بعد نصف الليل ، فيرمى ويحلق ويطوف ،

ثم يحرم من مكة ويعود قبل الفجر إلى عرفات ، مردود بأنهم قالوا : إن المقيم بمنى للرمى لاتنعقد عمرته ، لا شتغاله بالرمى ، والحاج بقى عليه رمى أيام منى . قال : وقد صرح باستحالة وقوع حجتين فى عام جماعة ، منهم الماوردى ، وكذلك أبو الطيب . وحكى فيه الإجماع . ونص عليه الشافعى فى الأم .

الرابع : أن ينوى مع النفل نفلا آخر ، فلا يحصلان . قاله القفال : ونقض عليه بنيته الغسل للجمعة والعيد ، فإنهما يحصلان .

قلت : وكذا لو اجتمع عيد وكسوف ، خطب لهما خطبتين، بقصدهما جميعا . ذكره فى أصل الروضة ، وعلله بأنهما سنتان ، بخلاف الجمعة والكسوف . وينبغى أن يلحق بها مالو نوى صوم يوم عرفة والاثنين مثلا ، فيصح وإن لم نقل بما تقدم عن البارزى فيما لو نوى فيه فرضا لأنهما سنتان ، لكن فى شرح المهذب فى مسألة اجتماع العيد والكسوف أن فيما قالوه نظرا ، قال : لأن السنتين إذا لم تدخل إحداهما فى الأخرى لا ينعقد عند التشريك بينهما ، كسنة الضحى وقضاء سنة الفجر ، بخلاف تحية المسجد وسنة الظهر مثلا ، لأن التحية تحصل ضمنا .

الخامس : أن ينوى مع غير العبادة شيئا آخر غيرها ، وهما مختلفان فى الحكم .

ومن فروعه : أن يقول لزوجته : أنت على حرام ، وينوى الطلاق والظهار ، فالأصح أنه يخير بينهما ، فما اختاره ثبت . وقيل : يثبت الطلاق لقوته . وقيل : الظهار ، لأن الأصل بقاء النكاح .

المبحث الرابع : فى وقت النية

الأصل أن وقتها أول العبادات ونحوها . وخرج عن ذلك الصوم ، فجوز تقديم نيته على أول الوقت ، لعسر مراقبته . ثم سرى ذلك إلى أن وجب . فلو نوى مع الفجر لم يصح فى الأصح .

قلت : وعلى حده جواز تأخير نية صوم النفل عن أوله . وبقى نظائر يجوز فيها تقديم النية على أول العبادة .

منها : الزكاة ، فالأصح فيها جواز التقديم للنية على الدفع للعسر ، قياسا على الصوم وفى وجه لايجوز ، بل يجب حالة الدفع إلى الأصناف ، أو الإمام ، كالصلاة .

ومنها : الكفارة : وفيها الوجهان فى الزكاة . وذكر فى الفرق بين الزكاة والكفارة وبين الصلاة يجوز تقديمهما على وجوبهما فجاز تقديم نيتهما بخلاف الصلاة وأنهما تقبلان النيابة ، بخلافها.

قلت : الأول ينتقض بالصوم ، والثانى بالحج .

ومنها : الجمع ، فإن نيته فى الصلاة الأولى ، ولو كان فى أول العبادة لكان فى أول الصلاة الثانية ، لأنها المجموعة . وإن جعلت الأولى أول العبادة فهو مما جاز فيه التأخير عن أولها ، لأن الأظهر جواز النية فى أثنائها ، ومع التحلل منها . وفى قول : لا يجوز إلا فى أول الأولى. وفى وجه : لا يجوز مع التحلل . وفى آخر : يجوز بعده قبل الإحرام بالثانية قال فى شرح المهذب : وهو قوى .

ومنها : نية التمتع على الوجه القائل به ، وفيه الأوجه فى الجمع ، فالأصح أن وقتها مالم يفرغ من العمرة ، والثانى : حالة الإحرام بها ، والثالث : بعد التحلل منها ، مالم يشرع فى الحج .

ومنها : نية الأضحية ، يجوز تقديمها على الذبح ، ولا يجب اقترانها به فى الأصح . ويجوز عند الدفع إلى الوكيل فى الأصح .

ومنها : فى غير العبادات نية الاستثناء فى اليمين ، فإنها تجب قبل فراغ اليمين ، مع وجوبها فى الاستثناء أيضا .

فرع : مما جرى على هذا الأصل من اعتبار النية أول الفعل : مانقله فى الروضة وأصلها عن فتاوى البغوى ، وأقره : أنه لو ضرب زوجته بالسوط عشر ضربات ، فصاعدا متوالية فماتت. فإن قصد فى الابتداء العدد المهلك وجب القصاص ، وإن قصد تأديبها بسوطين أوثلاثة ، ثم بداله فجاوز فلا ، لأنه اختلط العمد بشبه العمد .

تنبيهات : الأول : ما أوله من العبادات ذكر ، وجب اقترانها بكل اللفظ . وقيل : يكفى بأوله . فمن ذلك الصلاة ، ومعنى اقترانها بكل التكبير : أن يوجد جميع النية المعتبرة عند كل حرف منه . ومعنى الاكتفاء بأوله : أنه لا يجب استصحابها إلى آخره . واختاره الإمام والغزالى .

ونظير ذلك : نية كناية الطلاق . وفيها الوجهان . قال فى المنهاج . وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ . وقيل : يكفى بأوله . ورجح فى أصل الروضة خلافهما فقال . ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره ، أوعكسه طلقت فى الأصح . والذى فى الشرح نقل ترجيح الوقوع

في اقترانها بأوله عن الإمام والغزالي . قال : وسكتا عن الترجيح في اقترانها بآخره خاصة ، وهو يشعر بأنهما رأيا فيه البطلان . وفي الشرح الصغير في الأولى الأظهر الوقوع . وميل الإمام في الثانية إلى ترجيح عدمه ، ثم حكى الرافعي عن المتولي أنه قرب الخلاف في الأولى من الخلاف فيما إذا اقترنت نية الصلاة بأول التكبير ، دون آخره والخلاف في الثانية من الخلاف في نية الجمع في أثناء الصلاة . قال الرافعي : وقضيته أنه إذا كان الوقوع في الأولى أظهر ، ففي الثانية أولى ، لأن الأظهر في اقتران النية بأول التكبير عدم الانعقاد ، وفي الجمع الصحة ، وهذا هو الذي حمل النووي على تصحيح الوقوع فيهما .

وهنا دقيقة : وهو أن الرافعي مثل اقترانها بأوله دون آخره : بأن توجد عند قوله « أنت » وقال في المهمات : المعتبر اقترانها بلفظ الكناية : إما كله وإما بعضه ، لأن القصد منها تفسير إرادة الطلاق به ، فلا عبرة باقترانها بلفظ « أنت » قال : وقد صرح بهذا البندنيجي والماوردي وغيرهما .

قلت : ونظير ذلك في الصلاة أن يقال المعتبر اقترانها باللفظ الذي يتوقف الانعقاد عليه ، وهو « الله أكبر » فلو قال : الله الجليل أكبر ، فهل يجب اقترانها بالجليل ؟ محل نظر ، ولم أر من ذكره . وفي الكواكب للإسنوي : إذا كتب : زوجتي طالق ، ونوى وقع الطلاق في الأصح . قال : والقياس اشتراط النية في جميع اللفظ الذي لابد منه ، لا في لفظ الطلاق خاصة ، لأنا إنما اشترطنا النية فيه لكونه غير ملفوظ به ، لا لانتفاء الصراحة فيه . وهذا المعنى موجود في الجميع ، وحينئذ فينوي الزوجة حين يكتب «زوجتي» والطلاق ، حين يكتب «طالق» انتهى.

ونظير ذلك أيضا : كنايات البيع وسائر العقود ، قال في الخادم : سكتوا عن وقتها . ويحتمل أن يأتي فيها ما في الطلاق ، ويحتمل المنع ، واشتراط وجودها في جميع اللفظ . ويفرق بأن الطلاق مستقل بنفسه ، بخلاف البيع ونحوه .

ومن ذلك الوضوء والغسل ، فيستحب اقتران النية فيهما بالتسمية ، كما صرح به في شرح المهذب . وعبارته في باب الغسل : ويستحب أن يبتدىء بالنية مع التسمية ، ولم يستحضره الإسنوي فنقله عن المحب الطبري . وعبارته : والأولى أن تقارنها النية ، لأن تقديم النية عليها يؤدي إلى خلو بعض الفرائض عن التسمية ، والعكس يؤدي إلى خلو بعض السنن عن النية.

ومن ذلك : الإحرام ، فينبغي أن يقال بمقارنة النية التلبية ، وهو ظاهر ، كما يفهم من كلامهم وإن لم يصرحوا به .

ومن ذلك : الطواف ، وينبغى اقتران نيته بقوله « بسم الله والله أكبر » .

ومن ذلك : الخطبة ، إن أوجبنا نيتها ، والظاهر وجوب اقترانها بقوله « الحمد لله » لأنه أول الأركان .

التنبيه الثانى : قد يكون للعبادة أول حقيقى ، وأول نسبى . فيجب اقتران النية بهما .

ومن ذلك : التيمم ، فيجب اقتران نيته بالنقل ، لأنه أول المفعول من أركانه ، وبمسح الوجه ، لأنه أول الأركان المقصودة ، والنقل وسيلة إليه .

ومن ذلك : الوضوء والغسل ، فيجب للصحة اقتران نيتهما بأول مغسول من الوجه والبدن ، ويجب للثواب اقترانهما بأول السنن السابقة ، ليثاب عليها ، فلو لم يفعل لم يثب عليها فى الأصح لأنه لم ينوها .

وفى نظيره من الصوم : لو نوى أثناء النهار حصل له ثواب الصوم من أوله ، وخرج منه وجه فى الوضوء ، لأنه من جملة طهارة منوية ، ولكن فرق بأن الصوم خصلة واحدة فإذا صح بعضها صح كلها والوضوء أفعال متغايرة ، فالانعطاف فيها بعيد ، وبأنه لا ارتباط لصحة الوضوء بما قبله ؛ بخلاف إمساك أول النهار .

والوجهان جاريان فيمن أكل بعض الأضحية وتصدق ببعضها ، هل يثاب على الكل أو على ما تصدق به ؟ قال الرافعى : وينبغى أن يقال : له ثواب التضحية بالكل ، والتصدق بالبعض .

ومن نظائر ذلك : نية الجماعة فى الأثناء ، أما فى أثناء صلاة الإمام وفى أول صلاة المأموم فلا شك فى حصول الفضيلة ، لكن هل هى فضيلة الجماعة الكاملة أولا ؟ سيأتى تحرير القول فى ذلك . فإن قلنا بالأول ، فقد عادت النية بالانعطاف . وبه صرح بعض شراح الحديث . وأما فى أثناء صلاة المأموم ، فإن الصلاة تصح فى الأظهر ، لكن تكره كما فى شرح المهذب . وأخذ من ذلك بعض المحققين عدم حصول الفضيلة بالكلية ، لا أصلا ولا انعطافا ، وسيأتى .

ومن النظائر المبهمة : وقت نية الإمامة ، ولم يتعرض الشيخان لهذه المسألة ، وفيها اختلاف قال صاحب البيان : عند حضور من يريد الاقتداء به ، لأنه قبل ذلك ليس بإمام . وارتضاه ابن الفركاح . فعلى هذا : يأتى الانعطاف . وقال الجوينى : عند التحرم قال الأذرعى : وهو الصواب ، ومقتضى كلام الأصحاب .

قلت : صدق وبر ، فإن الأصحاب صححوا اشتراطها فى الجمعة ، فلو لم يأت بها فى التحرم لم

تنعقد جمعة .

ومنها : وقت نية الاغتراف ، هل هو عند وضع يده في الماء ، أو عند انفصاله ؟ قال في الخادم : ينبغي أن يتخرج على الوجهين المحكيين عن القاضي حسين : أن الماء هل يحكم باستعماله إذا لم ينوها من إدخال اليد ، أو من انفصالها عن الماء ؟ . قال : والأشبه الثاني .

التنبيه الثالث : العبادات ذات الأفعال يكتفى بالنية في أولها ، ولا يحتاج إليها في كل فعل ، اكتفاء بانسحابها عليها ، كالوضوء والصلاة ، وكذا الحج ، فلا يحتاج إلى إفراد الطواف والسعي والوقوف بنية على الأصح .

ثم منها ما يمنع فيه ذلك ، ومنها مالا يمنع ، ومنها ما يشترط أن لا يقصد غيره ، ومنها مالا يشترط .

من الأول الصلاة ، فلا يجوز تفريق النية على أركانها . ومن الثاني : الحج فيجوز نية الطواف والسعي والوقوف ، بل هو الأكمل . وفي الوضوء وجهان : أحدهما لا يجوز كالصلاة والأصح الجواز . والفرق أن الوضوء يجوز تفريق أفعاله . فجاز تفريق نيته بخلاف الصلاة .

ولتفريق النية فيه صور : الأولى أن ينوي عند كل عضو رفع حدثه . الثانية : أن ينوي رفع حدث المغسول دون غيره . الثالثة : أن ينوي رفع الحدث عند كل عضو ويطلق صرح بها ابن الصلاح .

ومن الثالث : الوضوء والصلاة والطواف والسعي ، فلو عزبت نيته ثم نوى التبرد لم يحسب المفعول حتى يجدد النية ؟ أو هوى لسجود تلاوة فجعله ركوعا ، أو ركع ففزع من شيء ، فرفع رأسه ، أو سجد فشاكته شوكة فرفع رأسه ، لم يجزه فعليه العود واستئناف الركوع والرفع . ولو طاف للحج بلا نية وقصد ملازمة غريمه لم يحسب عن الطواف .

ومن ذلك : مسألة الحامل . فإذا حمل محرم عليه طواف محرما ، وطاف به وقصد الحامل الطواف عن المحمول فقط دون نفسه ، وقع للمحمول فقط ، على الأصح . لأنه صرف الطواف لغرض آخر ؛ ولو قصد نفسه ، أو كليهما ، وقع للحامل فقط ، وكذا لو لم يقصد شيئا ، كما في شرح المهذب . ولو نام في الطواف على هيئة لا تنقض الوضوء ، قال إمام الحرمين : هذا يقرب من صرف النية إلى طلب الغريم : قال : ويجوز أن يقطع بصحة الطواف ، لأنه لم يصرف الطواف إلى غير النسك ، ولا يضر كونه غير ذاكرها قال النووي : وهذا أصح .

قلت : ونظيره في الوضوء ، لو نام قاعدا ، ثم انتبه في مدة يسيرة ، لم يجب تجديد النية في الأصح ، كما في شرح المهذب ولو أمر بصب الماء في وضوئه ، فصب عليه ناسيا بعد ما غسل بعض أعضائه بنفسه فإنه يصح ذكره فيه أيضا .

ومن الرابع : الوقوف ، فالأصح أنه لا يضر صرفه إلى غيره ، فلو مر بعرفات في طلب آبق أوضالة ، ولا يدرى أنها عرفات صح وقوفه . قال الإمام : والفرق بينه وبين مسألة صرف الطواف ، أن الطواف قد يقع قربة مستقلة ، بخلاف الوقوف ، ولهذا لو حمله في الوقوف أجزأ عنهما مطلقا ؛ بخلاف الطواف .

(تنبيه) من مشكلات هذا الأصل : ماسمعته من بعض مشايخي ، أن الأصح إيجاب نية سجود السهو : دون نية سجود التلاوة في الصلاة ، وعلل الأخير بأن نية الصلاة تشمله وعندى: أن العكس كان أولى ، لأن سجود السهو أعلق بالصلاة من سجود التلاوة ، لأنه آكد بدليل أنه يشرع للمأموم إذا سها الإمام ولم يسجد ؛ بخلاف ما إذا تلا الإمام ولم يسجد والذى يظهر لى في توجيه ذلك ، إن صح أن يقال : التلاوة من لوازم الصلاة ، فكأن الناوى عند نيتها مستحضر لها ، وفي ذكره تعرض لها ، وليس السهو نفسه من لوازم الصلاة ، بل وقوعه فيها خلاف الغالب ، فلم يكن في النية إيماء إليه ولا ادكار .

ونظير ذلك : فدية المحظورات في الحج والعمرة ، فإنها لابد لها من النية . ولا يقال : يكتفى بنية الإحرام ، لأنها ليست من لوازم الإحرام ، ولا من ضرورياته . بخلاف طواف القدوم مثلا ، فإنه وإن لم يكن من ماهية الحج ، ولا أبعاضه ، ولا هيئاته ، بل هو أجنبي منه محض ، لكنه من لوازمه . فلذلك لا يشترط له نية ؛ كما صرح به الشيخ أبو حامد . ونقله عنه ابن الرفعة اكتفاء بنية الحج ، فهو نظير سجود التلاوة في الصلاة ثم إنى تتبعت كلام الشيخين وغيرهما فلم أر أحدا ذكر وجوب النية في سجود السهو إلا على القول القديم ، أن محله بعد السلام . أما على الجديد الأظهر فلم يذكروا ذلك أصلا ، بل صرحوا بخلافه : فقالوا فيما إذا سلم ناسيا ثم عاد للسجود هل يكون عائدا إلى الصلاة ؟ وجهان . أصحهما : نعم . والثانى: لا . فإن قلنا : نعم ، لم يحتج إلى تحرم ، وإلا احتاج إليه ، وهذا كلام لا غبار عليه ، والتقليد آفة كبيرة .

ومن ذلك : الوضوء المسنون في الغسل قال الرافعى : وإنما يعد الوضوء من مندوبات الغسل إذا كان جنبا غير محدث ، أو قلنا بالاندراج ، وإلا فلا . وعلى هذا يحتاج إلى إفراده بنية ، لأنه عبادة مستقلة . وعلى الأصح لا . قال الإسنوى : ومقتضاه أن نية الغسل تكفى فيه ، كما تكفى نية الوضوء في حصول المضمضة والاستنشاق . وبه صرح ابن الرفعة في الكفاية ورأيته في شرح المفتاح لأبى خلف الطبرى . قال : وهو عجيب ، فإن نية الغسل على هذا

التقدير لا بد أن تقارن أول هذا الوضوء ، إذ لو تأخرت عنه لم يكن الآتى به وضوءا بل ولا عبادة . ونية الغسل فقط لا تكفى ، بل لا بد أن ينوى الغسل من الجنابة أو نحوه وإذا أتى بذلك ارتفعت الجنابة عن المغسول من أعضاء الوضوء بلا نزاع ، لوجود الشرائط فيكون المأتى به غسلا لا وضوءا وليس ذلك كالمضمضة والاستنشاق . فإن محلهما غير محل الواجب فظهر اندفاع ما قالوه . قال : فالصواب ما ذكره النووى فى الروضة وغيرها : أنه إن تجردت الجنابة عن الحدث نوى بوضوئه سنة الغسل ، وإن اجتمعا نوى به رفع الحدث الأصغر ، ليخرج من الخلاف ، وسبقه إليه ابن الصلاح .

ومن ذلك : الأغسال المسنونة فى الحج . أما الغسل لدخول مكة ؛ فصرح فى التتمة بأنه لا يحتاج إلى نية ؛ لأن نية الحج تشمله وقياسه أن يكون غسل الوقوف وما بعده كذلك . وأما غسل الإحرام فجزم الإمام بعدم احتياجه إلى النية أيضا . ثم قال : وفيه أدنى نظر ، وفى الذخائر : فى صحة غسل الإحرام من الحائض دليل أنه لا يحتاج إلى نية . قال : ويفرق بينه وبين غسل الجمعة بأن الإحرام من سننه ؛ ونية الحج مشتملة على جميع أفعاله فرضا وسنة فلا يحتاج إلى نية ؛ بخلاف غسل الجمعة فإنه سنة مستقلة وليس جزءا من الصلاة .

ورد هذا بأنه إنما يصح لو نوى الإحرام أولا . والسنة تقديم الغسل ؛ فلا تنعطف عليه النية .

ولهذا صحح فى الروضة وأصلها احتياجه إلى النية ؛ وإن كان فرض المسألة فى الحائض فقط .

وقال ابن الرفعة : ينبغى أن يبنى ذلك على انعطاف النية فى الوضوء . فإن قلنا به فكذلك هنا ؛ فلا يحتاج إلى النية ؛ وإلا فلا .

ومن ذلك : ركعتا الطواف ، ؛ يشترط فيهما النية قطعا ؛ ولا ينسحب عليهما نية الإحرام لأنها محض صلاة ؛ فافتقرت إليها ؛ بخلاف الطواف . فإنه بالوقوف أشبه ؛ ولأنها تابعة للطواف وهو تابع للإحرام ؛ فلا تنسحب نيته على تابع التابع ؛ وهذا تعليل حسن ظريف ؛ له نظير فى العربية .

ومن ذلك : طواف الوداع . وقد حكى السنجى فى شرح التلخيص عن القفال أنه لا يحتاج إلى النية ؛ كسائر الأركان . وجزم ابن الرفعة بأنه يحتاج إليها ؛ لأنه يقع بعد التحلل التام . قال فى الخادم : وينبغى أن يتخرج على الخلاف فى أنه من المناسك أم لا ؟ .

تنبيه : تشترط النية فى طواف النذر والتطوع ؛ بلا خلاف ؛ لانتفاء العلة وهى الاندراج . وعلى هذا يقال : لنا عبادة تجب النية فى نفلها دون فرضها ؛ وهو الطواف ولا نظير لذلك .

خاتمة : من نظائر هذا الأصل : أن نية التجارة إذا اقترنت بالشراء صار المشترى مال تجارة ولا تحتاج كل معاملة إلى نية جديدة ؛ لا نسحاب حكم النية أولا عليه .

المبحث الخامس فى محل النية

محلها القلب فى كل موضع ؛ لأن حقيقتها القصد مطلقا . وقيل : المقارن للفعل ؛ وذلك عبارة عن فعل القلب . قال البيضاوى : النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضر ؛ حالا أو مآلا ؛ والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لا بتغاء رضا الله تعالى ؛ وامتثال حكمه .

والحاصل أن هنا أصلين : الأول : أنه لا يكفى التلفظ باللسان دونه . والثانى أنه لا يشترط مع القلب التلفظ .

أما الأول فمن فروعه : لو اختلف اللسان والقلب ؛ فالعبرة بما فى القلب ؛ فلو نوى بقلبه الوضوء ، وبلسانه التبرد ، صح الوضوء ، أو عكسه فلا ، وكذا لو نوى بقلبه الظهر وبلسانه العصر ، أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة ، أو عكسه صح له ما فى القلب .

ومنها : إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ، ولا يتعلق به كفارة ، أو قصد الحلف على شىء فسبق لسانه إلى غيره ، هذا فى الحلف بالله فلو جرى مثل ذلك فى الإيلاء أو الطلاق أو العتاق ، لم يتعلق به شىء باطنا ، ويدين ، ولا يقبل فى الظاهر لتعلق حق الغير به .

وذكر الإمام فى الفرق : أن العادة جرت بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد ، بخلاف الطلاق والعتاق فدعواه فيهما تخالف الظاهر فلا يقبل .

قال : وكذا لو اقترن باليمين مايدل على القصد .

وفى البحر : أن الشافعى نص فى البويطى على أن من صرح بالطلاق أو الظهار أو العتاق ، ولم يكن له نية ، لا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى طلاق ولا ظهار ولا عتق .

ومنها : أن يقصد لفظ الطلاق أو العتق دون معناه الشرعى ، بل يقصد معنى له آخر أو يقصد

ضم شيء إليه يرفع حكمه ، وفيه فروع بعضها يقبل فيه . وبعضها لا ، وكلها لا تقتضي الوقوع في نفس الأمر ، لفقد القصد القلبي ،

قال الفوراني في الإبانة الأصل أن كل من أفصح بشيء وقبل منه ، فإذا نواه قبل فيما بينه وبين الله تعالى دون الحكم ، وقال نحوه القاضي حسين والبغوي ، والإمام في النهاية وغيرهم

وهذه أمثلته : قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت من وثاق ، ولا قرينة ، لم يقبل في الحكم ويدين فإن كان قرينة ، كأن كانت مربوطة فحلها ، وقال ذلك ، قبل ظاهرا .

مر بعبد له على مكاس ، فطالبه بمكسه ، فقال : إنه حر وليس بعبد ، وقصد التخلص لا العتق ، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في فتاوى الغزالي قال الرافعي : وهو يشير إلى أنه لا يقبل ظاهرا . قال في المهمات : وقياس مسألة الوثاق ، أن يقبل ، لأن مطالبة المكاس قرينة ظاهرة في إرادة صرف اللفظ عن ظاهره .

ورد بأنه ليس قرينة دالة على ذلك ، وإنما نظير مسألة الوثاق ، أن يقال له : أمتك بغي ، فيقول : بل حرة ، فهو قرينة ظاهرة على إرادة العفة لا العتق انتهى .

زاحمته امرأة ، فقال تأخري ياحرة ، وكانت أمته وهو لا يشعر ، أفتى الغزالي بأنها لا تعتق . قال الرافعي : فإن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب هاهنا ، وعنده أنه يخاطب غير أمته وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح .

وفي البسيط أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئا ، فلم يعطوه ، فقال متضجرا منهم طلقتكم ثلاثا ، وكانت زوجته فيهم ، وهو لا يعلم . فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق قال الغزالي وفي القلب منه شيء . قال الرافعي : ولك أن تقول ينبغي أن لا تطلق ، لأن قوم « طلقتكم » لفظ عام ، وهو يقبل الاستثناء بالنية ، كما لو حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ، واستثناه بقلبه لم يحنث ، وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها وقال النووي ماقاله الإمام والرافعي عجيب ، أما العجب من الرافعي فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ، لأنه هناك علم به واستثناه ، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها . وأما العجب من الإمام فلأن الشرط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفي قصد لفظ من غير قصد معناه ، ومعلوم أن الواعظ لم يقصد معنى الطلاق ، فينبغي أن لا تطلق لذلك لما ذكره الرافعي : قال في المهمات : ونظير ذلك ماحكيناه عن الغزالي في مسألة « تأخري ياحرة » أنها لا تعتق .

وقال البلقيني فتح الله بتخريجين آخرين ، يقتضيان عدم وقوع الطلاق : أحدهما أن يخرج ذلك على من حلف لايسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم وهو لا يعلم أنه فيهم ، والمذهب أنه لايحنث ، وهذه غير مسألة الرافعي التي قاس عليها ، فإنه هناك علم واستثنى وهنا لم يعلم أصلا .

الثاني : أن الطلاق لغة الهجر . وشرعا حل قيد النكاح بوجه مخصوص ، ولايمكن حمل كلام الواعظ على المشترك ، لأنه هنا متعذر ، لأن شرط حمل المشترك على معنييه أن لايتضادا ، فتعينت اللغوية ، وهو لايفيد إيقاع الطلاق على زوجته ؛ بل لو صرح فقال طلقتكم وزوجتي ، لم يقع الطلاق عليها ، كما قالوه في نساء العالمين طوالق وأنت يافاطمة من جهة أنه عطف على نسوة لم تطلق انتهى .

قال ياطالق وهو اسمها ؛ ولم يقصد الطلاق لم تطلق ، وكذا لو كان اسمها طارقا أو طالبا وقال قصدت النداء فالتف الحرف .

قال أنت طالق ثم قال : أردت إن شاء زيد أو إن دخلت الدار دين ولم يقبل ظاهرا .

قال كل امرأة لي طالق ، وقال أردت غير فلانة دين ، ولم يقبل ظاهرا إلا لقرينة بأن خاصمته وقالت تزوجت ، فقال ذلك وقال أردت غير المخاصمة ولو وقع ذلك في اليمين قبل مطلقا كأن يحلف لا يكلم أحدا ويريد زيدا ، أو لا يأكل طعاما ويريد شيئا معينا .

قال أنت طالق ، ثم قال أردت غيرها فسبق لساني إليها دين .

قال طلقتك ثم قال ، أردت طلبتك دين .

قال أنت طالق إن كلمت زيدا ، ثم قال أردت إن كلمته شهرا . قال الإمام : نص الشافعي أنه لايقع الطلاق باطنا بعد الشهر . فلو كان في الحلف بالله قبل ظاهرا أيضا .

قال أنت طالق ثلاثا للسنة . وقال نويت تفريقها على الأقراء ؛ دين ولم يقبل ظاهرا لأن اللفظ يقتضي وقوع الكل في الحال إلا لقرينة ، بأن كان يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد ولولم يقل للسنة ، ففي المنهاج أنه كما لوقال . والذي في الشرحين والمحرر أنه لايقبل مطلقا ولا ممن يعتقد التحريم .

قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق وقال : أردت الأجنبية قبل ، بخلاف مالو قال عمرة طالق ؛ وهو اسم امرأته وقال : أردت أجنبية . فإنه يدين ولا يقبل .

تتمة : استثنى مواضع يكتفى فيها باللفظ على رأي ضعيف .

منها الزكاة فى وجه أو قول يكفى نيتها لفظا . واستدل بأنها تخرج من مال المرتد ولا تصح نيته . وتجوز النيابة فيها ، ولو كانت نية القلب متعينة لوجب على المكلف بها مباشرتها لأن النيات سر العبادات والإخلاص فيها . قال : ولا يرد على ذلك الحج حيث تجرى فيه النيابة وتشترط فيه نية القلب ، لأنه لا ينوب فيه من ليس من أهل الحج . وفى الزكاة ينوب فيها من ليس من أهلها كالعبد والكافر.

ومنها إذا لبى بحج أو عمرة ولم ينو ، ففى قول أنه ينعقد ويلزم ما سمى لأنه التزمه بالتسمية وعلى هذا لو لبى مطلقا انعقد الإحرام مطلقا .

ومنها إذا أحرم مطلقا ، ففى وجه يصح صرفه إلى الحج والعمرة باللفظ والأصح فى الكل أنه لا أثر للفظ .

وأما الأصل الثانى : وهو أنه لا يشترط مع نية القلب التلفظ فيه . ففيه فروع كثيرة . منها كل العبادات .

ومنها إذا أحيا أرضا بنية جعلها مسجدا ، فإنها تصير مسجدا بمجرد النية ، ولا يحتاج إلى لفظ .

ومنها من حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بالنية ، فإنه لا يحنث بخلاف من حلف لا يدخل عليه ؛ فدخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه ، وقصد الدخول على غيره ، فإنه يحنث فى الأصح . والفرق أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء ، ولا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان ويصح أن يقال : سلمت عليكم إلا على فلان .

وخرج عن هذا الأصل صور ، بعضها على رأى ضعيف .

منها الإحرام ، ففى وجه أو قول ، أنه لا ينعقد بمجرد النية حتى يلبى . وفى آخر : يشترط التلبية أو سوق الهدى وتقليده ، وفى آخر : أن التلبية واجبة ، لا شرط للانعقاد فعليه دم والأصح أنها لا شرط ولا واجبة ، فينعقد الإحرام بدونها ولا يلزمه شىء .

ومنها لو نوى النذر أو الطلاق بقلبه ولم يتلفظ ، لم ينعقد النذر ولا يقع الطلاق .

ومنها اشترى شاة بنية التضحية أو الإهداء ، لم تصر كذلك على الصحيح حتى يتلفظ .

ومنها باع بألف وفى البلد نقود لا غالب فيها ، فقبل ونويا نوعا لم يصح فى الأصح حتى يبيناه لفظا وفى نظيره من الخلع : يصح فى الأصح لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر فى البيع وفى نظيره من النكاح لو قال من له بنات زوجتك بنتى ونويا واحدة صح على الأصح

ومنها لو قال أنت طالق ، ثم قال أردت إن شاء الله تعالى لم يقبل . قال الرافعى والمشهور أنه لايدين أيضا بخلاف ما إذا قال أردت إن دخلت ؛ أو إن شاء زيد فإنه يدين وإن لم يقبل ظاهرا . قال : والفرق بين إن شاء الله وبين سائر صور التعليق ؛ أن التعليق بمشيئة الله يرفع حكم الطلاق جملة ، فلابد فيه من اللفظ والتعليق بالدخول ونحوه لايرفعه جملة ؛ بل يخصصه بحال دون حال .

ومنها من عزم على المعصية ولم يفعلها أولم يتلفظ بها لايأثم لقوله ﷺ « إن الله تجاوزلأمتى ماحدثت به أنفسها مالم تتكلم أو تعمل به » .

ووقع فى فتاوى قاضى القضاة تقى الدين بن رزين أن الإنسان إذا عزم على معصية فإن كان قد فعلها ولم يتب منها فهو مؤاخذ بهذا العزم لأنه إصرار ، وقد تكلم السبكى فى الحلبيات على ذلك كلاما مبسوطا أحسن فيه جدا فقال : الذى يقع فى النفس من قصد المعصية على خمس مراتب: الأولى الهاجس وهو مايلقى فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ثم حديث النفس ، وهو مايقع فيها من التردد هل يفعل أولا ؟ ثم الهم ؛ وهو ترجيح قصد الفعل ثم العزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم به ؛ فالهاجس لايؤاخذ به إجماعا لأنه ليس من فعله ؛ وإنما هو شىء ورد عليه ، لاقدرة له ولاصنع ، والخاطر الذى بعده كان قادرا على دفعه بصرف الهاجس أول وروده ، ولكنه هو ومابعده من حديث النفس، مرفوعان بالحديث الصحيح . وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ماقبله بطريق الأولى . وهذه المراتب الثلاثة أيضا لوكانت فى الحسنات لم يكتب له بها أجر . أما الأول فظاهر . وأما الثانى والثالث فلعدم القصد . وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح «أن الهم بالحسنة يكتب حسنة ، والهم بالسيئة لايكتب سيئة وينتظر فإن تركها لله كتبت حسنة وإن فعلها كتبت سيئة واحدة » والأصح فى معناه أنه يكتب عليه الفعل وحده ، وهو معنى قوله « واحدة » وأن الهم مرفوع .

ومن هذا يعلم أن قوله فى حديث النفس « مالم يتكلم أو يعمل » ليس له مفهوم ، حتى يقال إنها إذا تكلمت أو عملت يكتب عليه حديث النفس ؛ لأنه إذا كان الهم لا يكتب ، فحديث النفس أولى . هــــذا كلامه فى الحلبيات .

وقد خالفه فى شرح المنهاج فقال : إنه ظهر له المؤاخذة من إطلاق قوله ﷺ « أو تعمل» ولم يقل أو تعمله قال : فيؤخذ منه تحريم المشى إلى معصية ، وإن كان المشى فى نفسه مباحا لكن

لانضمام قصد الحرام إليه ، فكان واجد من المشى والقصد لايحرم عند انفرادم . أما إذا اجتمعا فإن مع الهم عملا لماهو من أسباب المهموم به فاقتضى إطلاق « أو تعمل » المؤاخذة به . قال فاشدد بهذه الفائدة يديك ، واتخذها أصلا يعود نفعه عليك .

وقال ولده فى منع الموانع : هنا دقيقة نبهنا عليها فى جمع الجوامع وهى : أن عدم المؤاخذة بحديث النفس والهم ليس مطلقا ، بل بشرط عدم التكلم والعمل ، حتى إذا عمل يؤاخذ بشيئين ؛ همه وعمله ، ولا يكون همه مغفورا وحديث نفسه إلا إذا لم يتعقبه العمل ، كما هو ظاهر الحديث ، ثم حكى كلام أبيه الذى فى شرح المنهاج ، والذى فى الحلبيات ، ورجح المؤاخذة .

ثم قال فى الحلبيات ، وأما العزم فالمحققون على أنه يؤاخذ به ، وخالف بعضهم وقال إنه من الهم المرفوع وربما تمسك بقول أهل اللغة ، هم بالشىء : عزم عليه ، والتمسك بهذا غير سديد ، لأن اللغوى لايتنزل إلى هذه الدقائق .

واحتج الأولون بحديث « إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار ، قالوا يارسول الله ، هذا القاتل ، فما بال المقتول ؟ قال كان حريصا على قتل صاحبه » فعلل بالحرص ، واحتجوا أيضا بالإجماع على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد ونحوه وبقوله تعالى (ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم) على تفسير الإلحاد بالمعصية ، ثم قال إن التوبة واجبة على الفور ، ومن ضرورتها العزم على عدم العود ، فمتى عزم على العود قبل أن يتوب منها ، فذلك مضاد للتوبة ، فيؤاخذ به بلا إشكال وهو الذى قاله ابن رزين .

ثم قال فى آخر جوابه : والعزم على الكبيرة ، وإن كان سيئة ، فهو دون الكبيرة المعزوم عليها :

المبحث السادس فى شروط النية

الأول : الإسلام ، ومن ثم لم تصح العبادات من الكافر ، وقيل يصح غسله دون وضوئه وتيممه ، وقيل يصح الوضوء أيضا ، وقيل يصح التيمم أيضا ، وعلل الخلاف فى الأصلى . أما المرتد فلايصح منه غسل ولاغيره ، كذا قال الرافعى ، لكن فى شرح المهذب أن جماعة أجروا الخلاف فى المرتد .

وخرج من ذلك صور :

الأولى : الكتابية تحت المسلم ، يصح غسلها عن الحيض ، ليحل وطؤها بلا خلاف للضرورة

ويشترط نيتها ، كما قطع به المتولى والرافعى فى باب الوضوء وصححه فى التحقيق كالا يجزى الكافر العتق عن الكفارة إلا بنية العتق ، وادعى فى المهمات أن المجزوم به فى الروضة وأصلها فى النكاح عدم الاشتراط ، وما ادعاه باطل ، سببه سوء الفهم ، فإن عبارة الروضة هناك ، إذا طهرت الذمية من الحيض والنفاس ألزمها الزوج الاغتسال ، فإن امتنعت أجبرها عليه واستباحها ؛ وإن لم تنو للضرورة ، كما يجبر المسلمة المجنونة ، فقوله « وإن لم تنو » بالتاء الفوقية ، عائد إلى مسألة الامتناع ، لا إلى أصل غسل الذمية ، وحينئذ لاشك فى أن نيتها لاتشترط ، كالمسلمة المجنونة ، وأما عدم اشتراط نية الزوج عند الامتناع والجنون ، أوعدم اشتراط نيتها فى غير حال الإجبار ، فلا تعرض له فى الكلام لانفيا ولا إثباتا ، بل فى قوله فى مسألة الامتناع « استباحها وإن لم تنو للضرورة » مايشعر بوجوب النية فى غير حال الامتناع .

وعجبت للإسنوى كيف غفل عن هذا ؟ وكيف حكاه متابعوه عنه ساكتين عليه ؟ والفهم من خير ما أوتى العبد .

الثانية : الكفارة تصح من الكافر ، ويشترط منه نيتها ، لأن المغلب فيها جانب الغرامات، والنية فيها للتمييز لا للقربة ، وهى بالديون أشبه ، وبهذا يعرف الفرق بين عدم وجوب إعادتها بعد الإسلام ووجوب إعادة الغسل بعده .

الثالثة : إذا أخرج المرتد الزكاة فى حال الردة ، تصح وتجزيه .

الرابعة : ذكر قاضى القضاة جلال الدين البلقينى : أنه يصح صوم الكافر فى صورة وذلك إذا أسلم مع طلوع الفجر ، ثم إن وافق آخر إسلامه الطلوع فهو مسلم حقيقة ويصح منه النفل مطلقا ، قال : ونظيرها من المنقول صورة المجامع ، يحس وهو مجامع بالفجر فينزع بحيث يوافق آخر نزعه الطلوع وإن وافق أول إسلامه الطلوع ، فهذا إذا نوى النفل صح على الأرجح ، ولا أثر لما وجد من موافقة أول الإسلام الطلوع ، كما ذكره الأصحاب فى صورة : أن يطلع وهو مجامع ويعلم بالطلوع فى أوله ، فينزع فى الحال : أنه لا يبطل الصوم فيها على الأصح . فحينئذ تلك اللحظة التى كانت وقت الطلوع هى المرادة بالتصوير وذلك قبل الحكم بالإسلام ، والأخذ فى الإسلام ليس بقاء على الكفر ، كما أن النزع ليس بقاء على الجماع ، ولا يصح منه صوم الفرض والحالة هذه لأن التبييت شرط فإن بيت وهو كافر ثم أسلم كما صورنا ، قال : فهل لهذه النية أثر ؟ لم أر من تعرض لذلك ويجوز أن يقال الشروط لا تعتبر وقت النية ، كما قالوا فى الحائض : تنوى من الليل قبل انقطاع دمها

ثم ينقطع الأكثر أو العادة ، فلا يحتاج إلى التجديد ويجوز أن يقال : يعتبر شرط الإسلام وقت النية ، لأن المعتادة على يقين من الانقطاع لأكثر الحيض وعلى ظن قوى للعادة بظهورها ، وليس فى إسلام الكافر يقين ولا ظاهر ، فكان مترددا حال النية ، فيبطل الجزم ، كما إذا لم يكن لها عادة ، أولها عادة مختلفة : ولو اتفق الطهر بالليل لعدم الجزم .

قال : ومما يناظر ذلك : ما إذا نوى سفر القصر وهو كافر فإنه تعتبر نيته ، فإذا أسلم فى أثناء المسافة قصر على الأرجح اهـ .

الشرط الثانى : التمييز : فلا تصح عبادة صبى لا يميز ، ولا مجنون ، وخرج عن ذلك الطفل يوضئه الولى للطواف حيث يحرم عنه ، والمجنونة يغسلها الزوج عن الحيض ، وينوى على الأصح .

ومن فروع هذا الشرط : مسألة عمدهما فى الجنايات هل هو عمد أو لا ؛ لأنه لا يتصور منهما القصد ، وصححوا أن عمدهما عمد وخص الأئمة الخلاف بمن له نوع تمييز فغير المميز منهما عمده خطأ قطعا .

ونظير ذلك : السكران لا يقضى عليه بالحدث حتى يستغرق دون أول النشوة وكذا حكم صلاته وسائر أفعاله .

الشرط الثالث : العلم بالمنوى قال البغوى وغيره : فمن جهل فرضية الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها وكذا لو علم أن بعض الصلاة فرض ولم يعلم فرضية التى شرع فيها ، وإن علم الفرضية وجهل الأركان ، فإن اعتقد الكل سنة أو البعض فرضا والبعض سنة ولم يميزها لم تصح قطعا ، أو الكل فرضا فوجهان : أصحهما الصحة لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض وذلك لا يؤثر .

وقال الغزالى : الذى لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته ، بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو فرض . فإن قصده لم يعتد به وإن غفل عن التفصيل فنية الجملة كافية ، واختاره فى الروضة.

قال الإسنوى : وغير الوضوء والصلاة فى معناها . وقال فى الخادم : الظاهر أنه لا يشترط ذلك فى الحج ويفارق الصلاة فإنه لا يشترط فيه تعيين المنوى ، بل ينعقد مطلقا ويصرفه بخلاف الصلاة ، ويمكن تعلم الأحكام بعد الإحرام بخلاف الصلاة ؛ ولا يشترط العلم بالفرضية ، لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض .

ومن فروع هذا الشرط : ما لو نطق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها ، وقال قصدت بها معناها بالعربية ، فإنه لا يقع الطلاق فى الأصح وكذا لو قال : لم أعلم معناها ولكن نويت بها الطلاق وقطع النكاح فإنه لا يقع ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها وقال : أردت الطلاق.

ونظير ذلك لو قال : أنت طالق طلقة فى طلقتين . وقال :أردت معناه عند أهل الحساب فإن عرفه وقع طلقتان ، وإن جهله فواحدة فى الأصح ، لأن مالا يعلم معناه لا يصح قصده .

ونظيره أيضا : أن يقول : طلقتك مثل ما طلق زيد ، وهو لا يدرى كم طلق زيد ، وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ .

ونظير أنت طالق طلقة فى طلقتين قول المقر :له على درهم فى عشرة ، فإنه إن قصد الحساب يلزمه عشرة . كذا أطلقه الشيخان هنا وقيده فى الكفاية بأن يعرفه قال : فإن لم يعرفه فيشبه لزوم درهم فقط وإن قال : أردت ما يريده الحساب ، على قياس ما فى الطلاق انتهى ، وقد جزم به فى الحاوى الصغير .

ونظير طلقتك مثل ما طلق زيد : بعتك بمثل ما باع به فلان فرسه ، وهو لا يعلم قدره فإن البيع لا يصح .

الشرط الرابع : أن لا يأتى بمناف . فلو ارتد فى أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل ، أو الوضوء أو الغسل لم يبطلا ، لأن أفعالهما غير مرتبطة بعضها ، ولكن لا يحسب المغسول فى زمن الردة ، ولو ارتد بعد الفراغ ، فالأصح أنه لا يبطل الوضوء والغسل ويبطل التيمم لضعفه ولو وقع ذلك بعد فراغ الصلاة أو الصوم أو الحج أو أداء الزكاة لم يجب عليه الإعادة ، وأما الأجر فإن لم يعد إلى الإسلام فلا يحصل له لأن الردة تحبط العمل وإن عاد فظاهر النص أنها تحبطه أيضا ؛ والذى فى كلام الرافعى أنها إنما تحبط إذا اتصلت بالموت؛ بل فى الأساليب لو مات مرتدا فحجه وعبادته باقية وتفيده المنع من العقاب ؛ فإنه لو لم يؤدها لعوقب على تركها ولكن لا تفيده ثوابا ، لأن دار الثواب الجنة وهو لا يدخلها . وحكى الواحدى فى تفسير سورة النساء خلافا فى الكافر يؤمن ثم يرتد أنه يكون مطالبا بجميع كفره ، وأن الردة تحبط الإيمان السابق . قال وهو غلط لأنه صار بالإيمان كمن لم يكفر فلا يؤاخذ به بعد أن ارتفع حكمه . قال وهو نظير الخلاف فى أن من تاب من المعصية ثم عاود الذنب ؛ هل يقدح فى صحة التوبة الماضية ؟ والمشهور : لا .

قلت : ليس بنظيره بل بينهما بون عظيم لفحش أمر الردة . فقد نص الله تعالى على أنها تحبط

العمل ؛ بخلاف الذنب فإنه لا يحبط عملا ؛ وقد صح في الحديث في الكافر يسلم «أنه إن أساء أوخذ بالأول والآخر» .

ومن نظائر ذلك : أن من صحب النبي ﷺ ثم ارتد ومات على الردة كابن خطل لا يطلق عليه اسم الصحابي وأما من ارتد بعده ثم أسلم ومات مسلما كالأشعث بن قيس فقال الحافظ أبو الفضل العراقي : في دخوله في الصحابة نظر ؛ فقد نص الشافعي وأبو حنيفة على أن الردة محبطة للعمل قال : والظاهر أنها محبطة للصحبة السابقة . قال أما من رجع إلى الإسلام في حياته كعبد الله بن أبي سرح فلا مانع من دخوله في الصحبة انتهى .

وفي البحر لو اعتقد صبي — أبواه مسلمان — الكفر وهو في الصلاة بطلت . قال : والذي كنت أقول صلاته صحيحة لأن ردته لم تصح ثم ظهر لي الآن بطلانها لأن اعتقاد الكفر إبطال لها فلو وقع ذلك في وضوء أو صوم فوجهان مبنيان على نية الخروج أو في حج أو عمرة لم يضر لأنه لا يبطل بنية الإبطال ؛ انتهى كلام صاحب البحر .

فصل : ومن المنافي : نية القطع وفي ذلك فروع :

نوى قطع الإيمان — والعياذ بالله تعالى — صار مرتدا في الحال .

نوى قطع الصلاة بعد الفراغ منها لم تبطل بالإجماع ، وكذا سائر العبادات وفي الطهارة وجه لأن حكمها باق بعد الفراغ .

نوى قطع الصلاة أثناءها ، بطلت بلا خلاف لأنها شبيهة بالإيمان .

نوى قطع الطهارة أثناءها ، لم يبطل مامضى في الأصح لكن يجب تجديد النية للباقي .

نوى قطع الصوم والاعتكاف ، لم يبطلا في الأصح لأن الصلاة مخصوصة من بين سائر العبادات بوجوه من الربط ومناجاة العبد ربه .

نوى الأكل أو الجماع في الصوم ، لم يضره .

نوى فعل مناف في الصلاة كالأكل والفعل الكثير ، لم تبطل قبل فعله .

نوى الصوم من الليل ثم قطع النية قبل الفجر ، سقط حكمها لأن ترك النية ضد النية بخلاف مالو أكل بعدها لا تبطل ، لأن الأكل ليس ضدها ،

نوى قطع الحج والعمرة لم يبطلا بلا خلاف ، لأنه لا يخرج منهما بالإفساد .

نوى قطع الجماعات بطلت ، ثم في الصلاة قولان إذا لم يكن عذر أصحهما لا تبطل . وأما ثواب

الجماعة لماسبق فيسقط ، كماصرح به الشيخ أبو إسحاق الشيرازى واعتمده خاتمة المحققين الشيخ جلال الدين المحلى .

وأما الثواب فى الصلاة والوضوء ونحوه إذا قلنا ببطلانه ، ففى شرح المهذب عن البحر لو نوى نية صحيحة وغسل بعض أعضائه ثم بطل فى أثنائه بحدث أوغيره فهل له ثواب المفعول منـــه ، كالصلاة إذا بطلت فى أثنائها أولا ؟ لأنه مراد لغيره بخلاف الصلاة أو إن بطل بغير اختياره فله ، وإلا فلا ، احتمالات ، وظاهره : أن الحصول فى الصلاة متفق عليه .

نوى قطع الفاتحة ، فإن كان مع سكوت يسير بطلت القراءة فى الأصح وإلا فلا .

نوى قطع السفر والإقامة ، فإن كان سائرا لم يؤثر . لأن السير يكذبها ، كمافى شرح المهذب ، وإن كان نازلا انقطع وكذا لو كان فى مفازة لاتصلح للإقامة على الأظهر .

نوى الإتمام فى أثناء الصلاة : امتنع عليه القصر .

نوى بمال التجارة القنية : انقطع حول التجارة ولو نوى بمال القنية التجارة لم يؤثر فى الأصح .

نوى بالحلى المحرم استعمالا مباحا : بطل الحول .

نوى بالمباح محرما أو كنزا : ابتدأ حول الزكاة .

نوى الخيانة فى الوديعة : لم يضمن على الصحيح إلا أن يتصل به نقل من الحرز ، كمافى قطع القراءة مع السكوت .

نوى أن لايردها ، وقد طلبها المالك ، فيه الوجهان .

نوى الخيانة فى اللقطة ، فيه الوجهان .

فرع : ويقرب من نية القطع نية القلب ، قال فى شرح المهذب : قال المـاوردى : نقل الصلاة إلى أخرى أقسام . أحدها : نقل فرض إلى فرض فلا يحصل واحد منهما . الثانى : نقل نفل راتب إلى نفل راتب ، كوتر إلى سنة الفجر ، فلا يحصل واحد منهما . الثالث : نقل نفل إلى فرض ، فلا يحصل واحد منهما . الرابع : نقل فرض إلى نفل . فهذا نوعان : نقل حكم كمن أحرم بالظهر قبل الزوال جاهلا ، فيقع نفلا . ونقل نية ، بأن ينوى قبله نفلا عامدا فتبطل صلاته ، ولا ينقلب نفلا على الصحيح . فإن كان لعـذر ، كأن أحرم بفرض منفردا ثم أقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ليدركها ، صحت نفلا فى الأصح .

فصل : ومن المنافى : عدم القدرة على المنوى ، إما عقلا ، وإما شرعا ، وإما عادة .

فمن الأول : نوى بوضوئه أن يصلى صلاة وأن لا يصليها : لم يصح لتناقضه .

ومن الثانى : نوى به الصلاة فى مكان نجس . قال فى شرح المهذب عن البحر : ينبغى أن لا يصح .

ومن الثالث : نوى به صلاة العيد وهو فى أول السنة أو الطواف وهو بالشأم ، ففى صحته خلاف ، حكاه فى الأول الرويانى ، وفى الثانى بعض المصنفين . وقربه من الخلاف فيمن أحرم بالظهر قبل الزوال .

قلت : لكن الأصح الصحة ، كما جزم به فى التحقيق ، وحكاه فى شرح المهذب عن البحر وأقره .

نوى العبد أو الزوجة أو الجندى مسافة القصر ، وهم مع مالك أمرهم ، ولا يعرفون مقصده : لم يقصر العبد ولا الزوجة لأنهما لا يقدران على ذلك ، إذهما تحت قهر السيد والزوج ، بخلاف الجندى ، لأنه ليس تحت يد الأمير وقهره .

فصل : ومن المنافى : التردد وعدم الجزم . وفيه فروع :

تردد : هل يقطع الصلاة أولا ، أو علق إبطالها على شىء بطلت ، وكذا فى الايمان تردد : فى أنه نوى القصر ، أولا ؟ وهل يتم ، أولا ؟ لم يقصر .

تيقن الطهارة وشك فى الحدث فاحتاط وتطهر ، ثم بان أنه محدث لم يصح وعليه الإعادة فى الأصح بخلاف مالوشك فى الطهارة ، وقد تيقن الحدث . لأن معه أصلا ، وبخلاف مالوشك فى نجاسة فغسلها ، لأنها لا تحتاج إلى نية .

نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد عن رمضان ، إن كان منه ، فكان منه : لم يقع عنه بخلاف مالو وقع ذلك ليلة الثلاثين من رمضان ، لاستصحاب الأصل .

عليه فائتة ، فشك هل قضاها ، أولا ، فقضاها ثم تيقنها : لم تجزئه .

هجم ، فتوضأ بأحد الإناءين ، لم يصح وضوؤه ، وإن بان أنه توضأ بالطاهر .

شك فى جواز المسح على الخف ، فمسح ثم بان جوازه وجب إعادة المسح وقضى ماصلى به .

تيمم أو صلى أو صام شاكا فى دخول الوقت ، فبان فى الوقت ، لم تصح .

تيمم بلا طلب للماء ، ثم بان أن لاماء : لم يصح .

تيمم لفائتة ظنها عليه ، أو لفائتة الظهر ، فبانت العصر : لم يصح .

صلى إلى جهة شاكا أنها القبلة ، فإذا هي هي : لم تصح .

قصر شاكا في جواز القصر : لم يصح وإن بان جوازه .

صلى على غائب ميت شاكا أنه من أهل الصلاة عليه ، فبان أنه من أهلها : لم يصح :

صلى خلف خنثى ، فبان رجلا : لم يسقط القضاء في الأظهر بخلاف مالو عقد به النكاح ، فبان رجلا ، مضى على الصحة في الأظهر ، لأن المقصود فيه الحضور ولا نية يقع فيها التردد .

قال : هذه زكاة أوصدقة : لم تقع زكاة للتردد .

هذا عن مالي الغائب إن كان سالما وإلا فعن الحاضر ، أوصدقة ، فبان سالما أجزأه ، وإلالم يجزه عن الحاضر للترديد فيه ، بخلاف ماسيأتي .

قال : إن كان مورثي مات وورثت ماله فهذه زكاته ، فبان : لم يجزه بلاخلاف ، لأنه لم يستند إلى أصل ، بخلاف مسألة الغائب ، لأن الأصل بقاؤه ، وبخلاف البيع ، فإنه لا يحتاج إلى نية .

عقب النية بالمشيئة ، فإن نوى التعليق بطلت ؛ أوالتبرك فلا أوأطلق . قال في الشافي تبطل، لأن اللفظ موضوع للتعليق .

قال : أصوم غدا إن شاء زيد ، لم يصح وإن شاء زيد ، أو إن نشطت فكذلك ، لعدم الجزم ، بخلاف مالو قال : ما كنت صحيحا مقيما ، فإنه يجزئه .

ذكر صور صحت فيها النية مع تردد أو تعليق

اشتبه عليه ماء وماء ورد : لايجتهد . بل يتوضأ بكل مرة ، ويغتفر التردد في النية للضرورة قال الإسنوي : ويندفع التردد بأن يأخذ غرفة من هذا وغرفة من هذا ، ويغسل شق وجهه وينوي حينئذ ، ثم يعكس المأخوذ والمغسول .

عليه صلاة من الخمس ، فنسيها فصلى الخمس ؛ ثم تذكرها : قال في شرح المهذب : لم أرفيه نقلا . ويحتمل أن يكون على الوجهين فيمن تيقن الطهارة وشك في الحدث ، ويحتمل أن يقطع بأن لاتجب الإعادة ؛ لأنا أوجبناها عليه ، ففعلها بنية الواجب ، ولا نوجبها ثانيا ، بخلاف مسألة الوضوء ، فإنه تبرع به ، ولا يسقط به الفرض . قال : وهذا الاحتمال أظهر .

قلت : صرح بالثاني في البحر .

ونظيره : من صلى منفردا ، ثم أعاد مع جماعة ، ونوى الفرضية ، كما هو المشهور ثم بان فساد الأولى ، فإن الثانية تجزيه ، ولا يلزم الإعادة ، صرح به الغزالي في فتاويه .

عليه صوم واجب ، لايدرى هل هو من رمضان أو نذر ، أو كفارة ، فنوى صوما واجبا ، أجزأه ، كمن نسي صلاة من الخمس ، ويعذر في عدم جزم النية للضرورة ، نقله في شرح المهذب عن الصيمري ، وصاحب البيان ؛ وأقرهما .

وأما التعليق ففيه صور : منها الحج ، بأن يقول مريد الإحرام : إن كان زيد محرما فقد أحرمت ، فإن كان زيد محرما انعقد إحرامه ، وإلا فلا ولو علقه بمستقبل ، كقوله : إذا أحرم زيد ، أو جاء رأس الشهر فقد أحرمت . فالذي نقله البغوي وآخرون : أنه لايصح .

وذكر ابن القطان والدارمي والشاشي فيه وجهين : أصحهما لاينعقد . قال الرافعي : وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويز هذا ، لأن التعليق موجود في الحالين إلا أن هذا تعليق بمستقبل ، وذاك تعليق بحاضر ؛ ومايقبل التعليق من العقود يقبلهما جميعا .

قلت : ويؤيد ماذكره القاضي أبو حامد : أنه لو قال في إحرامه : إن شاء الله . انعقد سواء قصد التعليق أم لا . فقيل له : أليس لو قال لعبده : أنت حر إن شاء الله ، صح استثناؤه فيه ؟ فقال : الفرق أن الاستثناء يؤثر في النطق ولا يؤثر في النيات ، والعتق ينعقد بالنطق . فلذلك أثر الاستثناء فيه ، والإحرام ينعقد بالنية ، فلم يؤثر الاستثناء فيه . فقيل له أليس لو قال لزوجته : أنت خلية إن شاء الله ، ونوى الطلاق . أثر الاستثناء فيه ؟ فقال : الفرق أن الكناية مع النية في الطلاق كالصريح . فلهذا صح الاستثناء .

قال في شرح المهذب : والصواب أن الحكم فيه كسائر العبادات ، إن نوى التبرك ، انعقد وإلا فلا .

ومن صور التعليق في الحج : لو أحرم يوم الثلاثين من رمضان ، وهو شاك ، فقال إن كان من رمضان فإحرامي بعمرة ، أو من شوال فحج . فكان شوالا ، كان حجا صحيحا ، نقله في شرح المهذب عن الدارمي ، وأقره .

ونظيره في الطهارة : إن شك في الحدث ، فنوى الوضوء إن كان محدثا ، وإلا فتجديد صح نقله في شرح المهذب عن البغوي ، وأقره ، أو ينوي بوضوئه القراءة إن صح الوضوء لها ،

وإلا فالصلاة . صح ، نقله فى شرح المهذب عن البحر .

وفى الصلاة : شك فى قصر إمامه ، فقال : إن قصر قصرت ، وإلا أتممت ، فبان قاصرا قصر ، جزم به الأصحاب .

اختلط مسلمون بكفار ، أوشهداء بغيرهم : صلى على كل واحد بنية الصلاة ، إن كان مسلما . أو غير شهيد .

عليه فائتة ، وشك فى أدائها . فقال : أصلى عنها إن كانت ، وإلا فنافلة ، فبانت : أجزأه . نقله فى شرح المهذب عن الدارمى . قال : بخلاف مالوشك فى دخول وقت الصلاة فنوى إن كانت دخلت فعنها ، وإلا فنافلة أو فائتة . فإنه لايجزيه بالاتفاق ، وبخلاف مالو قال : فائتة أو نافلة . للترديد .

وفى الزكاة : نوى زكاة ماله الغائب ، إن كان باقيا ، وإلا فعن الحاضر ، فبان باقيا أجزأه عنه ، أوتالفا أجزأه عن الحاضر .

قال : إن كان سالما فعنه ، وإلا فتطوع ، فبان سالما : أجزأه بالاتفاق .

وفى الصوم : نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد ، إن كان من رمضان فهو فرض وإن لم يكن فتطوع . صحح السبكى والإسنوى : أنه يصح ويجزيه ، ولا يضر هذا التعليق .

قلت : وهو المختار ، والمرجح فى أصل الروضة خلافه .

وفى الجمعة : أحرم بالصلاة فى آخر وقتها ، فقال : إن كان الوقت باقيا فجمعة ، وإلا فظهر، فبان بقاؤه ، ففى صحة الجمعة وجهان فى شرح المهذب ، بلا ترجيح .

المبحث السابع فى أمور متفرقة

اختلف الأصحاب : هل النية ركن فى العبادات ، أوشرط؟ فاختار الأكثر أنها ركن ، لأنها داخل العبادة . وذلك شأن الأركان ، والشرط مايتقدم عليها ، ويجب استمراره فيها ، واختار القاضى أبو الطيب وابن الصباغ أنها شرط ، وإلا لافتقرت إلى نية أخرى تندرج فيه . كما فى أجزاء العبادات فوجب أن تكون شرطا خارجا عنها ، والأولون انفصلوا عن ذلك بلزوم التسلسل . واختلف كلام الغزالى فى ذلك ، فعدها فى الصوم ركنا وقال فى الصلاة : هى بالشروط أشبه . ووقع العكس من ذلك فى كلام الشيخين ، فإنهما عداها فى الصلاة ركنا وقالا فى الصوم : النية شرط الصوم . وهذا يمكن أن يكون له وجه ، من جهة أنها فى الصوم متقدمة عليه.

وقال العلائى : يمكن أن يقال : ما كانت النية معتبرة فى صحته ، فهى ركن فيه ، ومايصح بدونها، ولكن يتوقف حصول الثواب عليها ، كالمباحات ، والكف عن المعاصى : فنية التقرب شرط فى الثواب .

تنبيه : قال ابن دقيق العيد : كان الشيخ عز الدين بن عبد السلام يستشكل معرفة حقيقة الإحرام جدا ، ويبحث فيه كثيرا ، فإذا قيل له : إنه النية ، اعترض عليه بأن النية شرط فى الحج الذى الإحرام ركنه ، وشرط الشىء غيره . وإذا قيل له : إنه التلبية اعترض عليه بأنها ليست بركن .

وعبارته فى القواعد : ومن المشكل قولهم : إن الحج والعمرة ينعقدان بمجرد نية الإحرام، من غير قول ولافعل ، فإن أريد بالإحرام أفعال الحج ، لم يصح ، لأنه لم يتلبس بشىء منها وقت النية ، وإن أريد الانكفاف عن المحظورات ، لم يصح ، لأنه لو نوى الإحرام مع ملابسة المحظورات صح ، ولأنه لو كان كذلك لماصح إحرام من جهل وجوب الكف ، لأن الجهل به يمنع توجه النية إليه ، إذ لا يصح قصد مايجهل حقيقته .

وفى التلقين لابن سراقة : الإحرام النية بالحج والعزم على فعله ، وقال ابن عبدان : الإحرام أن ينوى أنه قد أحرم ، وغلط بعض أصحابنا فجعل النية غير الإحرام . وأشار به إلى ابن سريج ، حيث قال : لايتم الحج إلا بالنية للإحرام ، والإحرام .

وعبارة التنبيه : وينوى الإحرام بقلبه ، وهو يدل على أن النية غير الإحرام . وذلك هو التحقيق ، فإنه لو أحرم إحراما مطلقا فله صرفه إلى ماشاء ، فالنية غير المنوى .

وقال النووى : الإحرام : نية الدخول فى الحج أوالعمرة . قال ابن الرفعة : وهذا التفسير يخرج الإحرام المطلق . فالوجه أن يقال : هو نية حج أوعمرة ، أوهما أومايصلح لأحدهما ، وهو المطلق .

تنبيه آخر : أجروا النية مجرى الشروط فى مسألة : وهى مالو شك بعد الصلاة فى تركها أو ترك الطهارة ؛ فإنه يجب الإعادة ، بخلاف مالو شك فى ترك ركن . قال فى شرح المهذب : والفرق أن الشك فى الأركان يكثر لكثرتها ، بخلاف الشروط . وقال فى الروضة وشرح المهذب فى الصوم : لوشك الصائم فى النية بعد الغروب فلا أثر له .

قاعدة : قال الرافعى ، وتبعه فى الروضة : النية فى اليمين تخصص اللفظ العام، ولاتعمم

الخاص مثال الأول أن يقول : والله لا أكلم أحدا ، وينوى زيدا . ومثال الثانى : أن يمن عليه رجل بما نال منه ، فيقول : والله لا أشرب منه ماء من عطش ، فإن اليمين تنعقد على الماء من عطش خاصة ، ولا يحنث بطعامه وثيابه ، ولو نوى أن لا ينتفع بشيء منه ، ولو كانت المنازعة تقتضى ذلك ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ مانوى ، بجهة يتجوز بها . قال الإسنوى : وفى ذلك نظر ، لأن فيه جهة صحيحة ، وهى إطلاق اسم البعض على الكل ،

قاعدة : مقاصد اللفظ على نية اللافظ ، إلا فى موضع واحد ، وهو اليمين عند القاضى، فإنها على نية القاضى دون الحالف ، إن كان موافقا له فى الاعتقاد ، فإن خالفه ، كحنفى استحلف شافعيا فى شفعة الجوار ، ففيمن تعتبر نيته ؟ وجهان : أصحهما : القاضى أيضا .

وهذه فروع منثورة مع نظير فأكثر لكل فرع فرع

فرع : أدخل الجنب يده فى الإناء بعد النية ، أو المحدث بعد غسل الوجه ، فإن نوى رفع الحدث صار مستعملا ، أو الاغتراف فلا ، أو أطلق فوجهان : أصحهما يصير : وله نظائر منها : إذا عقب النية بالمشيئة ، فإن نوى التعليق بطلت ، أو التبرك فلا ، أو أطلق فوجهان : أصحهما تبطل .

ومنها : لو كان اسمها طالق ، أو حرة ، فقال : ياطالق ، أو ياحرة ، فإن قصد الطلاق ، أو العتق حصلا ، أو النداء فلا ، وإن أطلق ، فوجهان ، لكن الأصح هنا عدم الحصول .

ومنها : لو كرر لفظ الطلاق بلا عطف : فإن قصد الاستئناف وقع الثلاث ، أو التأكيد فواحدة ، أو أطلق فقولان ، الأصح ثلاث .

ومنها : قال : أنت طالق طلقة فى طلقتين ، فإن قصد الظرف ، فواحدة ، أو الحساب فثنتان، أو أطلق فقولان . أصحهما واحدة . وكذا فى الإقرار .

ومنها : لو قال : أنت طالق ، وطالق وطالق وقصد الاستئناف ، أو تأكيد الأول بالثانى، أو بالثالث: فثلاث ؛ أو تأكيد الثانى بالثالث : فثنتان ، أو أطلق فقولان : أصحهما ثلاث. وكذا فى الإقرار .

ومنها : لو قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، فإن قصد الامتناع عن كل واحدة

فمول من الكل ، أوواحدة فقط فمول منها ، أوطلق فوجهان أصحهما : الحمل على التعميم .

ومنها : لو قال : أنت على كعين أمى فإن قصد الظهار فظاهر ، أوالكرامة فلا ، أوأطلق فوجهان ، أصحهما : لاشىء .

ومنها : لو قال لعلوى : لست ابن على . وقال : أردت : لست من صلبه ، بل بينك وبينه آباء فلاحد . أو قصد القذف حد . وإن أطلق وقال لم أرد به شيئا لم يحد . جزم به فى زوائد الروضة .

ومنها : إذا اتخذ الحلى بقصد استعماله فى مباح ، لم تجب فيه الزكاة ، أو بقصد كنزه وجبت ، أو لم يقصد استعمالا ولا كنزا ، فوجهان : أصحهما فى أصل الروضة : لازكاة .

ومنها : لو انكسر الحلى المباح ، بحيث يمنع الاستعمال لكن لايحتاج إلى صوغ ، ويقبل الإصلاح بالإلحام ، فإن قصد جعله تبرا أو دراهم ، أو كنزه ، انعقد الحول عليه من يوم الانكسار . وإن قصد إصلاحه فلا زكاة ، وإن تمادت عليه أحوال ، وإن لم يقصد هذا ولا ذاك فوجهان : أرجحهما : الوجوب .

ومنها : مسح على الجرموق ووصل البلل إلى الأسفل ، فإن كان بقصد الأسفل صح أو الأعلى فقط فلا ، أو أطلق فوجهان . الأصح : الصحة . وله حالة رابعة أن يقصدهما والحكم الصحة .

وله فى ذلك نظيران :

أحدهما : إذا نطق فى الصلاة بنظم القرآن ، ولم يقصد سواه ، فواضح ، وإن قصد به التفهيم فقط ، بطلت ، وإن قصدهما معا . لم تبطل ، وإن أطلق فوجهان : الأصح البطلان .

الثانى : إذا تلفظ الجنب بأذكار القرآن ونحوها ، فإن قصد القراءة فقط ، حرم ، أوالذكر فقط . فلا . وإن قصدهما حرم أوأطلق حرم أيضا ، بلاخلاف ، ويقرب من ذلك حمل المصحف فى أمتعة ، فإنه إن كان هو المقصود بالحمل حرم ، وإن كان المقصود الأمتعة فقط ، أوهما ، فلا .

فرع : إذا اقترنت نية الوضوء بالمضمضة أو الاستنشاق . لم تصح إلا أن ينغسل معهما شىء من الوجه . فتصح النية . لكن لايجزىء المغسول عن الوجه على الأصح ، لأنه لم يغسله بقصد أداء الفرض ، فتجب إعادته . كذا فى الروضة من زوائده ، وادعى فى المهمات : أن القول بالصحة وعدم إجزاء المغسول عن الفرض غير معقول

قلت : وجـــدت له نظيرا ، وهو ما إذا أحرم بالحج فى غير أشهره ، فإنه ينعقد عمرة على الصحيح ولا تجزيه عن عمرة الإسلام ، على قول . وعلى هذا فقد صححنا نية أصل الإجرام ، ولم نعتد بالمفعول عن الواجب ، وهذا نظيرحسن ، لم أر من تفطن له . ومن هنا انجربنا القول إلى تأدى الفرض بنية النفل ، والأصل عدم إجزائه . وفيه فروع :

أتى بالصلاة : معتقدا أن جميع أفعالها سنة .

عطس ، فقال : الحمد لله ونوى عليه الفاتحة .

سلم الأولى على نية الثانية ، ثم بان خلافه ، لم تحسب ، ولا خلاف فى كل ذلك .

توضأ الشاك احتياطا ، ثم تيقن الحدث لم يجزئه فى الأصح .

ترك لمعة ، ثم جدد الوضوء ، فانغسلت فيه . لم تجزئه فى الأصح .

اغتسل بنية الجمعة . لاتجزيه عن الجنابة فى الأصح .

ترك سجدة ، ثم سجد سجدة للتلاوة ، لاتجزىء عن الفرض فى الأصح .

ذكر صور خرجت عن هذا الأصل فتأدى فيها الفرض بنية النفل

قال النووى فى شرح الوسيط : ضابطها أن تسبق نية تشمل الفرض والنفل جميعا ، ثم يأتى بشىء من تلك العبادات ، ينوى به النفل ، ويصادف بقاء الفرض عليه .

قلت : هذا الضابط منتقض طردا وعكسا ، كما يعرف من الأمثلة السابقة والآتية .

من ذلك : جلس للتشهد الأخير ، وهو يظنه الأول ، ثم تذكر أجزأه .

نوى الحج ، أوالعمرة أو الطواف تطوعا ، وعليه الفرض : انصرف إليه ، بلا خلاف .

تذكر فى القيام ترك سجدة ، وكان جلس بنية الاستراحة . كفاه عن جلوس الركن فى الأصح .

أغفل التطهير لمعة ، وانغسلت بنية التكرار فى الثانية والثالثة : أجزأه فى الأصح . بخلاف مالو انغسلت فى التجديد لأن التجديد طهارة مستقلة ، لم ينو فيه رفع الحدث أصلا ، والثـــلاث طهارة واحدة ، وقد تقدمت فيه نية الفرض والنفل جميعا . ومقتضى نيته : أن لايقع شىء عن النفل حتى يرتفع الحدث بالفرض .

قام فى الصلاة الرباعية إلى ثالثة ، ثم ظن فى نفسه أنه سلم ، وأن الذى يأتى به الآن صلاة

نفل . ثم تذكر في الحال . قال العلائي : لم أر هذه المسألة بعينها . والظاهر : أن ذلك يجزيه عن الفرض ، كما في مسألة التشهد . قال : والمسألة منقولة عن المالكية ، وفيها عندهم قولان . وكذلك لو سلم من ركعتين سهوا ، ثم قام ، فصلى ركعتين بنية النفل ، هل تتم الصلاة الأولى بذلك ؟ وفيها عندهم قولان . قال : ولاشك أن الإجزاء في هذه أبعد من الأولى .

قلت : المسألة الثانية منقولة في الروضة وغيرها . قال في الروضة من زيادته : لو سلم من صلاة ، وأحرم بأخرى ، ثم تيقن أنه ترك ركنا من الأولى : لم تنعقد الثانية . وأما الأولى ، فإن قصر الفصل . بنى عليها ، وإن طال ، وجب استئنافها . وكذا في شرح المهذب .

ومن الفروع : ما قاله القاضي الحسين ، ونقله القمولي في الجواهر : أنه لو قنت في سنة الصبح ظانا أنه الصبح ، فسلم ، وبأن قال القاضي : يبطل لشكه في النية . وإتيان أفعال الصلاة على الشك يقتضي البطلان

قلت : ولا يخلو ذلك من نظر . ثم رأيت صاحب الكافي توقف فيه قال : فإن غايته أنه أخطأ وسها . والخطأ في الصلاة لا يفسدها .

فرع : لو دخل المسجد وقت الكراهة بقصد أن يصلي التحية . كرهت له في الأصح .

ونظيره فيما ذكره النووي بحثا : أن يقرأ آية السجدة في الصلاة بقصد أن يسجد ، فعلى هذا إذا سجد بطلت الصلاة . ونازع في ذلك البلقيني . وقال : لا ينهى في قراءة آية السجدة في الصلاة ليسجد . وذكر القاضي حسين أنه لا يستحب جمع آيات السجود وقراءتها دفعة واحدة من أجل السجود . وذلك يقتضي جوازه . ومنعه الشيخ عز الدين بن عبد السلام وأفتى ببطلان الصلاة .

ونظيره أيضا : مالو أخر الفائتة ليصليها في وقت الكراهة فإنه يحرم . وقاس عليه في المهمات : أن يؤخر قضاء الصوم ، ليوقعه يوم الشك .

ونظيره أيضا : من سلك الطريق الأبعد ، بقصد القصر لا غير ، لا يقصر في الأصح ولو أحرم مع الإمام ، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقته ، واقتدى آخر قد ركع بقصد إسقاط الفاتحة . قال الزركشي : فيحتمل أن لا تصح القدوة لذلك . قال : وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر ، فإن هذا قاصد أصل السفر ، وذاك قاصد في أثناء السفر .

ونظير هذا : أن يقصد بأصل الاقتداء تحمل الفاتحة وسجود السهو ، فإنه يحصل له ذلك .

وقد قال النووى وابن الصلاح ، فيمن حلف ليطأن زوجته فى نهار رمضان : الجواب فيها : ما قاله أبو حنيفة ، لسائل سأله عن ذلك : أنه يسافر .

فرع : المنقطع عن الجماعة ، لعذر من أعذارها ، إذا كانت نيته حضورها لو لا العذر يحصل له ثوابها ، كما اختاره فى الكفاية ، ونقله عن التلخيص للرويانى . قال فى المهمات ونقله فى البحر عن القفال ، وارتضاه ، وجزم به الماوردى فى الحاوى ، والغزالى فى الخلاصة . قال وهو الحق . انتهى . واختار السبكى : أن معتاد الجماعة إذا تركها لعذر يحصل له أجرها . ابنه فى التوشيح : هذا أبلغ من قول الرويانى من وجه ، ودونه من وجه فأبلغ من وجهة أنه لم يشترط فيه القصد ، بل اكتفى بالعادة السابقة ، ودونه من جهة أنه اشترط فيه العادة ، وممن اختار ذلك البلقينى أيضا . والمصحح فى شرح المهذب : أنه لا يحصل له الأجر ، ولكن المختار الأول ، والأحاديث الصحيحة تدل لذلك .

ونظيره : المعذور فى ترك المبيت بمنى ، لا يلزمه دم ، ولولا أنه نزل منزلة الحاضر لزمه الدم ، ويلزم من ذلك حصول الأجر له بلا شك .

وخرج البلقينى من ذلك : أن الواقف لو شرط المبيت فى خانقاه ، مثلا فبات من شرط مبيته خارجها لعذر : من خوف على نفس ، أو زوجة ، أو مال ، أو نحوها لا يسقط من معلومه شىء ذكره فى فتاويه قال : وهو من القياس الحسن لم أسبق إليه .

ومن نظائر ذلك : من حضر الوقعة وهو صحيح ، فعرض له مرض . لم يبطل حقه من الإسهام له ، سواء كان مرجو الزوال أم لا ، على الأصح ، ومن تحيز إلى فئة قريبة ليستنجد بها يشارك الجيش فيما غنموه بعد مفارقته .

فرع : ذكر الرافعى فى الطلاق : أنه إذا وطىء امرأتين واغتسل عن الجنابة ، وحلف أنه لم يغتسل عن الثانية لم يحنث .

ونظير ذلك : ما ذكره فى الأوائل : أنه لو قال : والله لا أغتسل عنك . سألناه ، فإن قال : أردت لا أجامعك ، فمول ، وإن قال : أردت الامتناع من الغسل ، أو أنى أقدم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى بحصول الجنابة بها قبل ، ولا يكون موليا . وفى شرح التلخيص للسنجى : لو أجنبت المرأة ثم حاضت واغتسلت ، وكانت حلفت أنها لا تغتسل عن الجنابة فالعبرة عندنا بالنية ، فإن نوت الاغتسال عنهما تكون مغتسلة عنهما وتحنث ، وإن نوت عن الحيض وحده لم تحنث ، لأنها لم تغتسل عن الجنابة ، وإن كانت غسلها مجزيا عنهما معا .

فرع : تقدم أن الأصح : أن الطواف والسعي لا يشترط فيهما القصد ، وإنما يشترط عدم قصد غيرهما ، ولذلك نظائر :

منها : هل يشترط قصد المشتري بقوله : اشتريت : الجواب أو الشرط أن لا يقصد الابتداء ؟ فيه وجهان : أصحهما الثاني .

ومنها : الخمر المحترمة : هي التي عصرت بقصد الخلية ، أو لا بقصد الخمرية ، عبارتان للرافعي ، ذكر الأولى في الرهن ، والثانية في الغصب ، فلو عصرت بلا قصد ، فمحترمة على الثانية ، دون الأولى .

ومنها : هل يشترط في الوضوء الترتيب ، أو الشرط عدم التنكيس ؟ وجهان : الأصح : الأول فلو غسل أربعة أعضاء معا . صح على الثاني دون الأول .

ومنها : هل يشترط الترتيب بين حجة الإسلام والنذر ، أو الشرط عدم تقديم النذر خلاف . الأصح الثاني ، فلو استناب المعضوب رجلين ، فحجا في عام واحد ، صح على الثاني دون الأول .

ومنها : هل يشترط في الوقف ظهور القربة ، أو الشرط انتفاء المعصية ؟ وجهان ، أصحهما الثاني ، فيصح على الأغنياء وأهل الذمة والفسقة على الثاني ، دون الأول . وجزم في الوصية بالثاني .

ومنها : هل يشترط في الوقف القبول ، أو الشرط عدم الرد ؟ وجهان ، صحح الرافعي الأول ، ووافقه النووي في كتاب الوقف . وصحح في السرقة من زوائد الروضة الثاني ، ويجريان في الإبراء والأصح فيه: الثاني على قول التمليك. أما على قول الإسقاط فلا يشترط جزما .

ومنها : إذا ضربت القرعة بين مستحقي القصاص ، فخرجت لواحد . لم يجز له الاستيفاء إلا بإذن جديد ، وهل الإذن شرط ، أو الشرط عدم المنع ؟ وجهان ، أصحهما الأول .

ومنها : المتصرف عن الغير ، شرطه أن يتصرف بالمصلحة ، أو الشرط عدم المفسدة وجهان أصحهما الأول . فإذا استوت المصلحة والمفسدة لم يتصرف على الأول ، ويتصرف على الثاني .

ومنها : المكره على الطلاق ، هل يشترط قصد غيره بالتورية ؟ أو الشرط أن لا يقصده ؟ وجهان . أصحهما الثاني . وأجراهما الماوردي وغيره في الإكراه على كلمة الكفر .

ومنها : من أقر لغيره بشيء ، هل يشترط تصديقه ، أو الشرط عدم تكذيبه ؟ وجهان ، والأصح في الروضة الثاني .

لطيفة : لهذه النظائر نظائر فى العربية . ويحضرنى منها مسألة فى باب ما لا ينصرف ، وهو أن «فعلان» الوصف . هل يشترط فى منع صرفه وجود «فعلى» أو الشرط انتفاء «فعلانة» ؟ قولان ، أصحهما الثانى ، فعلى الأول يصرف نحو « رحمن ، ولحيان » وعلى الثانى : لا .

تنبيه : اشتملت قاعدة « الأمور بمقاصدها » على عدة قواعد ، كما تبين ذلك مشروحا وقد أتينا على عيون مسائلها ، وإلا فمسائلها لا تحصى ، وفروعها لا تستقصى .

خاتمة : تجرى قاعدة « الأمور بمقاصدها » فى علم العربية أيضا ، فالأول ما اعتبر ذلك فى الكلام ، فقال سيبويه والجمهور : باشتراط القصد فيه . فلا يسمى كلاما ما نطق به النائم والساهى ؛ وما تحكيه الحيوانات المعلمة . وخالفه بعضهم ، فلم يشترطه ؛ وسمى كل ذلك كلاما . واختاره أبو حيان .

وفرع على ذلك من الفقه : ما إذا حلف لا يكلمه؛ فكلمه نائما ، أو مغمى عليه ؛ فإنه لا يحنث كما جزم به الرافعى . قال : وإن كله مجنونا ، ففيه خلاف ، والظاهر تخريجه على الجاهل ونحوه وإن كان سكران ، حنث فى الأصح ، إلا إذا انتهى إلى السكر الطافح . هذه عبارته .

ولو قرأ حيوان آية سجدة . قال الإسنوى : فكلام الأصحاب مشعر بعدم استحباب السجود لقراءته ، ولقراءة النائم والساهى أيضا .

ومن ذلك : المنادى النكرة ، إن قصد نداء واحد بعينه تعرف ، ووجب بناؤه على الضم ، وإن لم يقصد ، لم يتعرف ، وأعرب بالنصب .

ومن ذلك : أن المنادى المنون للضرورة يجوز تنوينه بالنصب والضم ، فإن نون بالضم جاز ضم نعته ونصبه ، أو بالنصب تعين نصبه ، لأنه تابع لمنصوب لفظا ومحلا ، فإن نون مقصور نحو « يا فتى » بنى النعت على ما نوى فى المنادى . فإن نوى فيه الضم جاز الأمران ، أو النصب تعين ذكر هذه المسألة أبو حيان فى كتابيه : الارتشاف ، وشرح التسهيل .

ومن ذلك : قالوا ما جاز إعرابه بيانا جاز إعرابه بدلا . وقد استشكل : بأن البدل فى نية سقوط الأول . والبيان بخلافه . فكيف تجتمع نية سقوطه وتركها فى تركيب واحد ؟ . فأجاب رضى الدين الشاطبى : بأن المراد أنه مبنى على قصد المتكلم . فإن قصد سقوطه وإحلال التابع محله ، أعرب بدلا . وإن لم يقصد ذلك ، أعرب بيانا .

ومن ذلك : العلم المنقول من صفة ، إن قصد به لمح الصفة المنقول منها ، أدخل فيه « أل » وإلا فلا .

وفروع ذلك كثيرة ، بل أكثر مسائل علم النحو مبنية على القصد

وتجرى أيضا هذه القاعدة فى العروض . فإن الشعر عند أهله : كلام موزون مقصود به ذلك . أما ما يقع موزونا اتفاقا ، لاعن قصد من المتكلم ، فإنه لا يسمى شعرا . وعلى ذلك خرج ما وقع فى كلام الله تعالى ، كقوله تعالى : (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) أورسوله الله ﷺ . كقوله :

« هل أنت إلا إصبع دميت وفى سبيل الله ما لقيت »

القاعدة الثانية : اليقين لا يزال بالشك

ودليلها قوله ﷺ « إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا فأشكل عليه ، أخرج منه شىء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه مسلم من حديث أبى هريرة. وأصله فى الصحيحين عن عبد الله بن زيد . قال « شكى إلى النبى ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا » وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى ، وابن عباس : وروى مسلم عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله ﷺ « إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر : كم صلى ، أثلاثا ، أم أربعا ؟ فليطرح الشك ؛ وليبن على ما استيقن » .

وروى الترمذى عن عبد الرحمن بن عوف قال : سمعت رسول ﷺ يقول « إذا سها أحدكم فى صلاته ، فلم يدر : واحدة صلى، أم اثنتين ؟ فليبن على واحدة فإن لم يتيقن : صلى اثنتين ، أم ثلاثا ؟ فليبن على اثنتين . فإن لم يدر : أثلاثا صلى ، أم أربعا ؟ فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم »

اعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه . والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر . ولو سردتها هنا لطال الشرح . ولكنى أسوق منها جملة صالحة . فأقول:

يندرج فى هذه القاعدة عدة قواعد :

منها : قولهم : « الأصل بقاء ما كان على ما كان » .

فمن أمثلة ذلك : من تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث . فهو متطهر . أو تيقن فى الحدث وشك فى الطهارة . فهو محدث

ومن فروع الشك فى الحدث . أن يشك هل نام أو نعس ؟ أو مارآه رؤيا ، أو حديث نفس ؟ أو لمس محرما أو غيره ؟ أو رجلا أو امرأة ؟ أو بشرا أو شعرا ؟ أو هل نام ممكنا أولا ؟ أو زالت إحدى أليتيه ، وشك : هل كان قبل اليقظة أو بعدها ؟ أو مس الخنثى أحد فرجيه ، ثم مس مرة ثانية ، وشك : هل الممسوس ثانيا : الأول ، أو الآخر ؟

ومن ذلك : عدم النقض بمس الخنثى ، أو لمسه أو جماعه .

ومن ذلك : مسألة : من تيقن الطهارة والحدث ، وشك فى السابق . والأصح أنه يؤمر بالتذكر فيما قبلهما ، فإن كان محدثا فهو الآن متطهر ، لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث وشك فى انتقاضها ، لأنه لا يدرى : هل الحدث الثانى قبلها ، أو بعدها ؟ وإن كان متطهرا فإن كان يعتاد التجديد ، فهو الآن محدث ، لأنه تيقن حدثا بعد تلك الطهارة ، وشك فى زواله ، لأنه لا يدرى : هل الطهارة الثانية متأخرة عنه ، أم لا ؟ بأن يكون والى بين الطهارتين .

ونظير ذلك : مالو علمنا لزيد على عمرو ألفا ، فأقام عمرو بينة بالأداء أو الإبراء ، فأقام زيد بينة أن عمرا أقر له بألف مطلقا ، لم يثبت بهذه البينة شيء ، لاحتمال أن الألف الذى أقر به هو الألف الذى علمنا وجوبه ، وقامت البينة بإبرائه ، فلا نشغل ذمته بالاحتمال .

وفرع فى البحر على قولنا « يأخذ بالضد » فرعا حسنا . وهو ما إذا قال : عرفت قبل هاتين الحالتين حدثا وطهرا أيضا ، ولا أدرى أيهما السابق ؟ قال : فيعتبر ما كان قبلهما أيضا ، ونأخذ بمثله ، بعكس ماتقدم . وهو فى الحقيقة ضد هذه الحالة . قال فى الخادم : والحاصل أنه فى الأوتار يأخذ بضد ماقبله ، وفى الأشفاع يأخذ بمثله .

شك فى الطاهر المغير ثانيا : هل هو قليل ، أو كثير ؟ فالأصل بقاء الطهورية .

أحرم بالعمرة ، ثم بالحج . وشك : هل كان أحرم بالحج قبل طوافها ، فيكون صحيحا ، أو بعده فيكون باطلا ؟ حكم بصحته .

قال الماوردى : لأن الأصل جواز الإحرام بالحج ، حتى يتيقن أنه كان بعده . قال وهو كمن تزوج وأحرم ولم يدر ، هل أحرم قبل تزويجه أو بعده ؟ فإن الشافعى نص على صحة نكاحه ؛ لأن الأصل عدم الإحرام . ونص فيمن وكل فى النكاح ، ثم لم يدر : أكان وقع عقد النكاح بعدما أحرم ، أوقبله ؟ أنه صحيح أيضا .

أحرم بالحج ، ثم شك : هل كان فى أشهر الحج ، أوقبلها ؟ كان حجا . لأنه على يقين من هذا الزمان ، وعلى شك من تقدمه ، ذكره فى شرح المهذب .

أكل آخر الليل ، وشك في طلوع الفجر . صح صومه . لأن الأصل بقاء الليل . وكذا في الوقوف .

أكل آخر النهار ، بلا اجتهاد . وشك في الغروب . بطل صومه . لأن الأصل بقاء النهار.

نوى ثم شك : هل طلع الفجر ، أم لا ؟ صح صومه ، بلاخلاف .

تعاشر الزوجان مدة مديدة ؛ ثم ادعت عدم الكسوة والنفقة ؛ فالقول قولها . لأن الأصل بقاؤها في ذمته ، وعدم أدائهما .

زوج الأب ابنته ، معتقدا بكارتها ، فشهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد . لم يبطل لجواز إزالتها بإصبع أو ظفر ، والأصل البكارة .

اختلف الزوجان في التمكين ، فقالت : سلمت نفسي إليك من وقت كذا ، وأنكر فالقول قوله . لأن الأصل عدم التمكين .

ولدت وطلقها ، فقال : طلقت بعد الولادة ، فلي الرجعة وقالت : قبلها فلا رجعة ولم يعينا وقتا للولادة ولا للطلاق فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء سلطنة النكاح ، فإن اتفقا على يوم الولادة ، كيوم الجمعة وقال : طلقت يوم السبت وقالت : الخميس : فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح يوم الخميس ، وعدم الطلاق أو على وقت الطلاق ، واختلفا في وقت الولادة ، فالقول قولها لأن الأصل عدم الولادة إذ ذاك .

أسلم إليه في لحم ، فجاء به فقال المسلم : هذا لحم ميتة ، أومذكى مجوسي ، وأنكر المسلم إليه. فالقول قول المسلم القابض . قطع به الزبيري في المسكت ، والهروي في الأشراف والعبادي في آداب القضاء . قال : لأن الشاة في حال حياتها محرمة ، فيتمسك بأصل التحريم إلى أن يتحقق زواله .

اشترى ماء ، وادعى نجاسته ، ليرده فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء .

ادعت الرجعية امتدادالطهر وعدم انقضاء العدة . صدقت ؛ ولها النفقة . لأن الأصل بقاؤها.

وكل شخصا في شراء جارية ووصفها . فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل ، لم يحل للموكل وطؤها . لاحتمال أنه اشتراها لنفسه . وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات الموكل بها ظاهرا في الحل . ولكن الأصل التحريم ، ذكره في الإحياء .

قاعدة : الأصل براءة الذمة

ولذلك لم يقبل فى شغل الذمة شاهد واحد ، ما لم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى ، ولذا أيضا كان القول قول المدعى عليه ، لموافقته الأصل .

وفى ذلك فروع :

منها : اختلفا فى قيمة المتلف ، حيث تجب قيمته على متلفه ، كالمستعير . والمستام، والغاصب، والمودع المتعدى . فالقول قول الغارم ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد .

ومنها : توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ، لايقضى بمجرد نكوله ، لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدعى .

ومنها : من صيغ القرض : ملكتكه على أن ترد بدله ، فلو اختلفا فى ذكر البدل ، فالقول قول الآخذ ، لأن الأصل براءة ذمته .

ومنها لو قال الجانى : هكذا أوضحت ، وقال المجنى عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما ، صدق الجانى . لأن الأصل براءة ذمته .

لطيفة : قال ابن الصائغ فيما نقله من خطه : نظير قول الفقهاء « إن الأصل براءة الذمة ، فلا يقوى الشاهد على شغلها ما لم يعتضد بسبب آخر » قول النحاة « الأصل فى الأسماء الصرف، فلا يقوى سبب واحد على خروجه عن أصله حتى يعتضد بسبب آخر » .

قاعدة : قال الشافعى رضى الله عنه « أصل ما انبنى عليه الإقرار أنى أعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة » .

وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب ، ومرجعها إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرا بالقبض لأنه ربما اعتقد أن الهبة لاتتوقف على القبض ، وأصل الإقرار البناء على اليقين .

فلو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الإقرار على البيع وهو سبب قوى يمنع الرجوع وعلى الهبة فلا يمنع الرجوع ، فأفتى أبو سعيد الهروى بإثبات الرجوع ، تنزيلا على أقل السببين وأضعف الملكين . وأفتى أبو عاصم العبادى بعدمه لأن الأصل بقاء الملك للمقر له وحكى الرافعى عن الماوردى والقاضى أبى الطيب موافقة أبى سعيد ثم قال : ويمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال

الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال العبادى، وقال النووى فى فتاويه : الأصح المختار ، قول الهروى وقبول تفسيره بالهبة ورجوعه مطلقا .

ومن الفروع :

أن إقرار الحاكم بالشىء إن كان على جهة الحكم كان حكما ، وإن لم يكن بأن كان فى معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكما ، قاله الرافعى فى أواخر الإقرار . قال الإسنوى : وهذا من القواعد المهمة قال : فإذا شككنا فى ذلك لم يكن حكما لأن الأصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء .

ومنها لو أقر بمال أو مال عظيم أو كثير أو كبير ، قبل تفسيره بما يتمول وإن قل ولو قال له عندى سيف فى غمد أو ثوب فى صندوق ، لا يلزمه الظرف أو غمد فيه سيف ، أو صندوق فيه ثوب ، لزمه الظرف وحده أو خاتم فيه فص لم يلزمه الفص ، أو عبد على رأسه عمامة ، لم تلزمه العمامة أو دابة فى حافرها نعل ، أو جارية فى بطنها حمل ، لم يلزمه النعل والحمل .

ولو أقر له بألف ثم أقر له بألف فى يوم آخر ، لزمه ألف فقط أو بأكثر دخل الأقل فى الأكثر وفروع القاعدة كثيرة .

(تنبيه) سئل السبكى عن اتفاق الأصحاب على أن من قال له على دراهم ، يلزمه ثلاثة ، ولم يقل بلزوم درهمين مع أن بعض أصحابنا قال : إن أقل الجمع اثنان وإن كان المشهور أنه ثلاثة فلم لا قيل بلزوم درهمين ، على كلا القولين ، بجواز أن يكون تجوز وأطلق الجمع على الاثنين فإن ذلك مجاز شائع بالاتفاق من القائلين بالمنع ، مع أن الإقرار مبنى على اليقين ؟ .

فأجاب بأن الإقرار إنما يحمل على الحقيقة ، واحتمال المجاز لا يقتضى الحمل عليه ، إذ لو فتح هذا الباب لم يتمسك بإقرار . وقد قال الهروى : إن أصل هذا ماقاله الشافعى إنه يلزم فى الإقرار باليقين وظاهر المعلوم ، وهو الظن القوى ولا يلزم بمجرد الظن ، كما لا يلزم فى حال الشك ، إذ الأصل براءة الذمة هذه عبارته قال : وهذا الذى قاله الهروى صحيح . واحتمال إرادة المجاز دون الشك لأنه وهم ، فكيف يعمل به ، بل لو قال : أردت بقولى « دراهم » درهمين لم يقبل ، لكن له تحليف غريمه . وكون الإقرار مبنيا على اليقين لا يقدح فى هذا ، لأن هذا يقين فإنه موضوع اللفظ لغة ، وليس المراد باليقين القطع ولو أريد القطع ، فقد تقدم فى كلام الهروى أنه يأخذ باليقين وبالظن القوى ، وحمل اللفظ على المجاز إنما يكون لقرينة ،

أما بغير قرينة فيحمل على الحقيقة قطعا . وهذا هو المراد باليقين انتهى .

قاعدة : من شك هل فعل شيئا ، أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله .

ويدخل فيها قاعدة أخرى : من تيقن الفعل وشك فى القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن ، اللهم إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ إلا بيقين .

وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة . ذكرها الشافعى رضى الله عنه وهى « أن ماثبت بيقين لايرتفع إلا بيقين » .

فمن فروع ذلك :

شك فى ترك مأمور فى الصلاة : سجد للسهو ، أو ارتكاب فعل منهى فلايسجد ، لأن الأصل عدم فعلهما .

ومنها : سها وشك : هل سجد للسهو ؟ يسجد .

ومنها : شك فى أثناء الوضوء أو الصلاة أو غيرهما من العبادات فى ترك ركن ، وجبت إعادته ، فلو علمه وشك فى عينه أخذ بالأسوأ . فإن احتمل أنه النية وجب الاستئناف ، فلو ترك سجدة وشك ، هل هى من الركعة الأخيرة أو غيرها ، لزمه ركعة لاحتمال أن تكون من غيرها ، فتكمل بركعة تليها ويلغو باقيها .

ولو شك فى محل سجدتين أو ثلاث ، وجب ركعتان لاحتمال ترك سجدة من الأولى وسجدة من الثانية ، فيكمل الأولى بالثالثة والثالثة بالرابعة ويلغو الباقى ، وكذا لو انضم إلى ذلك ترك سجدة أخرى ، هكذا أطبق عليه الأصحاب .

وأورد على ذلك أن الصواب فى الثلاث : لزوم ركعتين وسجدة ، لأن أسوأ الأحوال أن يكون المتروك السجدة الأولى من الركعة الأولى ، والثانية من الثانية ، وواحدة من الرابعة فيبقى عليه من الركعة الأولى الجلوس بين السجدتين ، والسجدة الثانية فلما قدرنا أنه ترك السجدة الثانية من الركعة الثانية ، لم يمكن أن يكمل لسجدتها الأولى الركعة الأولى لفقدان الجلوس بين السجدتين قبلها . نعم بعدها جلوس محسوب ، فيحصل له من الركعتين ركعة إلا سجدة فيكملها بسجدة من الثالثة ويلغو باقيها ، ثم ترك واحدة من الرابعة فيبقى عليه ركعتان وسجدة .

وقد اعتمد الأصفونى هذا الإيراد فى مختصر الروضة ، والإسنوى فى تصحيح التنبيه . وقال فى شرح المنهاج : إنه عمل عقلى واضح لاشك فيه .

وأجاب عنه النشائي : بأن هذا خلاف التصوير ، فإنهم حصروا المتروك في ثلاث سجدات ، وهذا يستدعي ترك فرض آخر ، واتفاقهم على أن المتروك من الأولى واحدة يبطل هذا الخيال .

وذكر ابن السبكي في التوشيح : أن والده وقف على رجز له في الفقه ، وفيه اعتماد هذا الإيراد فكتب على الحاشية : لكنه مع حسنه لا يرد ، إذ الكلام في الذي لا يفقد إلا السجود فإذا ما انضم له ترك الجلوس ، فليعامل عمله .

وإنما السجدة للجلوس وذاك مثل الواضح المحسوس

ولو شك في محل أربع سجدات لزمه سجدة وركعتان لاحتمال أن يكون ترك سجدتين من الأولى وسجدة من الثالثة وأخرى من الرابعة .

وعلى ماتقدم من الاستدراك يجب سجدتان وركعتان ، لاحتمال ترك الأولى من الأولى والثانية من الثانية وثنتين من الرابعة ، فحصل من الثلاث ركعة ولا سجود في الرابعة .

ولو شك في محل خمس سجدات ، لزمه ثلاث ركعات لاحتمال ترك سجدتين من الأولى وسجدتين من الثالثة ، وسجدة من الرابعة .

ومنها لو شك ، هل غسل ثنتين أو ثلاثة ؟ بنى على الأقل وأتى بالثالثة . وقال الجويني لا . لأن ترك سنة أهون من فعل بدعة ، ورد بأنها إنما تكون بدعة مع العلم بأنها رابعة .

ومنها شك ، هل أحرم بحج أو عمرة ، نوى القران ثم لا يجزيه إلا الحج فقط لاحتمال أن يكون أحرم به ، فلا يصح إدخال العمرة عليه .

ومنها شك ، هل طلق واحدة أو أكثر ، بنى على الأقل .

ومنها عليه دين ، وشك في قدره ، لزمه إخراج القدر المتيقن كما قطع به الإمام ، إلا أن تشتغل ذمته بالأصل ، فلا يبرأ إلا مما تيقن أداءه ، كما لو نسي صلاة من الخمس ، تلزمه الخمس .

ولو كان عليه زكاة بقرة وشاة وأخرج أحدهما وشك فيه وجبا ، قاله ابن عبد السلام قياسا على الصلاة ، وصرح به القفال في فتاويه فقال : لو كانت له أمواله من الإبل والبقر والغنم وشك في أن عليه كلها أو بعضها . لزمه زكاة الكل . لأن الأصل بقاء زكاته ، كما لو شك في الصيام . وقال : أناشاك في العشر الأول ، هل علي صوم كله أو ثلاثة أيام منه، وجب قضاء كله. ولو اتخذ إناء من فضةوذهب ، وجهل الأكثر ولم يميزه ، وجب أن يزكي الأكثر ذهباوفضة.

ولو كانت عليها عدة وشكت ، هل هي عدة طلاق أو وفاة ، لزمها الأكثر ، وإنما وجب

الأكثر في هذه الصورة لأن المكلف ينسب إلى التقصير بخلاف من شك في الخارج أمني أم مذي ، حيث يتخير .

ولو كان عليه نذر وشك : هل هو صلاة أو صوم أو عتق أو صدقة ؟ قال البغوي في فتاويه : يحتمل أن يقال : عليه الإتيان بجميعها ، كمن نسي صلاة من الخمس ويحتمل أن يقال : يجتهد بخلاف الصلاة ، لأنا تيقنا هناك وجوب الكل ، فلا يسقط إلا بيقين وهنا لم يجب إلا شيء واحد واشتبه ، فيجتهد كالقبلة والأواني .

ولو حلف وشك : هل حلف بالله تعالى ، أو الطلاق أو العتق ، قال الزركشي ففي التبصرة للخمي المالكي : أن كل يمين لم يعتد الحلف بها لا تدخل في يمينه مع الشك قال : وقياس مذهبنا أن يقال : إذا حنث لا يقع الطلاق لأنه لا يقع بالشك .

وأما الكفارة فيحتمل أن لا تجب في الحال لعدم تحقق شغل الذمة ، ويحتمل أن تجب في الحال ، فإذا أعتق برئ لأنها إن كانت بالله أو الظهار أو العتق ، فالعتق تجزئ في كلها ولا يضر عدم التعيين بخلاف مالو أطعم أو كسا .

قلت : الاحتمال الأول أرجح .

ونظيره مالو شك في الحد ، أرجم أو جلد ، فإنه لا يحد بل يعزر كما قرره ابن المسلم أن التردد بين جنسين من العقوبة إذا لم يكونا قتلا ، يقتضي إسقاطهما والانتقال إلى التعزير وسيأتي في أحكام الخنثى .

ومنها رجل فاتته صلاة يومين فصلى عشر صلوات ثم علم ترك سجدة ، لا يدري من أيها . أفتى القاضي حسين بأنه يلزمه إعادة صلوات يوم وليلة ، وهو قياس قوله فيمن ترك صلوات لا يدري عددها : أنه يجب القضاء إلى أن يتيقن إتيانه بالمتروك ، وقال ابن القطان في المطارحات : الصحيح الاكتفاء بواحدة ، فبإعادتها يصير شاكا في وجوب الباقي فلا يلزمه بالشك وجوب إعادة الباقي ، وهو قياس قول القفال في تلك : يكتفي بقضاء ما يشك بعده : في أنه هل بقي في ذمته شيء .

قاعدة : الأصل العدم

فيها فروع :

منها : القول قول نافي الوطء غالبا ، لأن الأصل العدم .

ومنها : القول قول عامل القراض فى قوله : لم أربح ، لأن لأصل عدم الربح أو لم أربح إلا كذا ، لأن الأصل عدم الزائد . وفى قوله : لم تنهنى عن شراء كذا ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأنه لو كان كما يزعمه المالك لكان خائنا ، والأصل عدم الخيانة وفى قدر رأس المال لأن الأصل عدم دفع الزيادة ، وفى قوله بعد التلف : أخذت المال قراضا ، وقال المالك قرضا كما قاله البغوى وابن الصلاح فى فتاويهما ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف ، والأصل عدم الضمان .

ولو قال المالك : قراضا ، وقال الآخر قرضا ، وذلك عند بقاء المال وربحه ، فلم أرفيها نقلا ، والظاهر أن القول قول مدعى القرض أيضا لأمور : منها أنه أغلظ عليه ، لأنه بصدد أن يتلف المال أو يخسر ، ومنها أن اليد له فى المال والربح ، ومنها : أنه قادر على جعل الربح له ، بقوله: اشتريت هذا لى ، فإنه يكون القول قوله ، ولو اتفقا على أن المال قراض ، فدعواه أن المال قرض يستلزم دعواه أنه اشتراه له ، فيكون ربحه له .

ومنها : لو ثبت عليه دين بإقرار أو بينة ، فادعى الأداء أو الإبراء ، فالقول قول غريمه ، لأن الأصل عدم ذلك .

ومنها : لو اختلفا فى قدم العيب ، فأنكره البائع ، فالقول قوله ، واختلف فى تعليله فقيل: لأن الأصل عدمه بيد البائع وقيل: لأن الأصل لزوم العقد ، وبهذا التعليل فى جزم الرافعى والنووى.

قال الماوردى : ويبنى على الخلاف مالو ادعى البائع قدمه والمشترى حدوثه ويتصور ذلك: بأن يبيعه بشرط البراءة ، فيدعى المشترى الحدوث قبل القبض حتى يرد به لأنه لا يبرأ منه ، فإن عللنا بكون الأصل عدمه فى يد البائع ، صدقنا المشترى ، لأن ذلك المعنى يقتضى الرد هنا ، وإن عللنا بكون الأصل اللزوم صدقنا البائع . قال الإسنوى ومقتضى ذلك تصحيح تصديق البائع .

ومنها : اختلف الجانى والولى فى مضى زمن يمكن فيه الاندمال ، فالمصدق الجانى ، لأن الأصل عدم المضى .

ومنها : أكل طعام غيره ، وقال : كنت أبحته لى ، وأنكر المالك ، صدق المالك لأن الأصل عدم الإباحة .

ومنها : سئل النووى عن مسلم له ابن ماتت أمه ، فأرضعته يهودية لها ولد يهودى ، ثم غاب الأب مدة وحضر ، وقد ماتت اليهودية ، ولم يعرف ابنه من ابنها وليس لليهودية من يعرف ولدها ، ولا قافة هناك .

فأجاب : يبقى الولدان موقوفين حتى يبين الحال ببينة أو قافة أو يبلغا فينتسبان انتسابا مختلفا وفى الحال يوضعان فى يد المسلم ، فإن بلغا ولم توجد بينة ولا قافة ولا انتساب ، دام الوقف

فيما يرجع إلى النسب ، ويتلطف بهما إلى أن يسلما جميعا فإن أصرا على الامتناع من الإسلام لم يكرها عليه ولا يطالب واحد منهما بالصلاة ولا غيرها من أحكام الإسلام ، لأن الأصل عدم إلزامهما به ، وشككنا فى الوجوب على كل واحد منهما بعينه ، وهما كرجلين سمع من أحدهما صوت حدث وتنا كراه لا يلزم واحدا منهما الوضوء ، بل يحكم بصحة صلاتهما فى الظاهر ، وإن كانت إحداها باطلة فى نفس الأمر وكما لو قال رجل : إن كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق . فقال آخر : إن لم يكن فامرأتى طالق ، فطار ولم يعرف فإنه يباح لكل واحد منهما فى الظاهر الاستمتاع بزوجته للبقاء على الأصل ، وأما نفقتهما ومؤنتهما فإن كان لكل منهما مال كانت فيه وإلا وجبت على أبى المسلم نفقة ابن بشرطه وتجب نفقة آخر ، وهو اليهودى فى بيت المال بشرط كونه ذميا ، وشرطه : أن لا يكون هناك أحد من أصوله ممن تلزمه نفقة القريب. وإن مات من أقارب الكافر أحد ، وقف نصيبه حتى يتبين الحال أو يقع اصطلاح ، وكذا إن مات من أقارب المسلم أحد ، وإن مات الولدان أو أحدهما وقف ماله أيضا ، وإن مات أحدهما قبل البلوغ غسل وصلى عليه ودفن بين مقابر المسلمين واليهود أو بعد البلوغ والامتناع من الإسلام جاز غسله دون الصلاة عليه لأنه يهودى أو مرتد ، ولا يصح نكاح واحد منهما لأنه يحتمل أنه يهودى أو مرتد فلا يصح نكاحه ، كالخنثى المشكل .

قاعدة

الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن

ومن فروعها :

رأى فى ثوبه منيا ولم يذكر احتلاما لزمه الغسل على الصحيح . قال فى الأم : وتجب إعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه .

ومنها : توضأ من بئر أياما وصلى ثم وجد فيها فأرة ، لم يلزمه قضاء إلا ما تيقن أنه صلاه بالنجاسة .

ومنها : ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيا وبقى زمانا بلا ألم ثم مات ، فلا ضمان لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر .

ومنها : فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال ضمنه ، وإن وقف ثم طار فلا إحالة على اختيار الطائر .

ومنها : ابتاع عبدا ثم ظهر أنه كان مريضا ومات : فلا رجوع له فى الأصح ، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا يتحقق إضافته إلى السابق .

ومنها : تزوج أمة ثم اشتراها وأتت بولد ، يحتمل أن يكون من ملك اليمين ، وأن يكون من ملك النكاح ، صارت أم ولد فى الأصح ، وقيل لا ، لاحتمال كونه من النكاح . وخرج عن ذلك صور :

منها : لو كان المرض مخوفا ، فتبرع ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات أو غرق حسب تبرعه من الثلث ، كما لو مات بذلك المرض .

ومنها : لو ضرب يده فتورمت وسقطت بعد أيام ، وجب القصاص .

قلت : هذه لا تستثنى لأن باب القصاص كله كذلك ، لو ضربه أو جرحه وتألم إلى الموت وجب القصاص .

قاعدة

الأصل فى الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريم

هذا مذهبنا وعند أبى حنيفة : الأصل فيها التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة ، ويظهر أثر الخلاف فى المسكوت عنه .

ويعضد الأول قوله ﷺ « ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا » أخرجه البزار والطبرانى من حديث أبى الدرداء بسند حسن . وروى الطبرانى أيضا من حديث أبى ثعلبة « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان ، فلا تبحثوا عنها » وفى لفظ « وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها » وروى الترمذى وابن ماجه ، من حديث سلمان : أنه ﷺ سئل عن عن الجبن والسمن والفراءفقال : الحلال ماأحل الله فى كتابه ، والحرام ما حرم الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » وللحديث طرق أخرى .

ويتخرج عن هذه كثير من المسائل المشكل حالها

منها : الحيوان المشكل أمره ، وفيه وجهان : أصحهما الحل كما قال الرافعى .

ومنها : النبات المجهول تسميته . قال المتولى يحرم أكله وخالفه النووى وقال الأقرب الموافق للمحكى عن الشافعى فى التى قبلها ، الحل .

ومنها : إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك هل يجرى عليه حكم الإباحة ، أو الملك ، حكى الماوردى فيه وجهين مبنيين على أن الأصل الإباحة أو الحظر .

ومنها : لو دخل حمام برجه وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه ، جزم به فى أصل الروضة لأن الأصل الإباحة .

ومنها : لو شك فى كبر الضبة فالأصل الإباحة ، ذكره فى شرح المهذب .

ومنها : مسألة الزرافة . قال السبكى : المختار حل أكلها : لأن الأصل الإباحة ، وليس لها ناب كاسر ، فلا تشملها أدلة التحريم وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لها أصلا لا بحل ولا بحرمة ، وصرح بحلها فى فتاوى القاضى الحسين والغزالى ، وتتمة القول وفروع ابن القطان وهو المنقول عن نص الإمام أحمد وجزم الشيخ فى التنبيه بتحريمها ، ونقل فى شرح المهذب الاتفاق عليه ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ، ولم يذكرها أحد من المالكية والحنفية وقواعدهم تقتضى حلها .

قاعدة

الأصل فى الأبضاع التحريم

فإذا تقابل فى المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة . ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات ، لأنه ليس أصلهن الإباحة ، حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه وإنما جاز النكاح فى صورة غير المحصورات ، رخصة من الله كما صرح به الخطابى لئلا ينسد باب النكاح عليه .

ومن فروع هذه القاعدة :

ما ذكره الغزالى فى الإحياء : أنه لو وكل شخصا فى شراء جارية ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل . لم يحل للموكل وطؤها لاحتمال أنه اشتراها لنفسه ، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهرا فى الحل . ولكن الأصل التحريم ، حتى يتيقن سبب الحل .

ومنها : ما ذكره الشيخ أبو محمد فى التبصرة : أن وطء السرارى اللائى يجلبن اليوم

من الروم والهند والترك حرام ، إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الإمام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا ظلم ، أو تحصل قسمة من محكم ، أو تزوج بعد العتق بإذن القاضي والمعتق ، والاحتياط اجتنابهن مملوكات وحرائر .

قال السبكي في الحلبيات : ولا شك أن الذي قاله الورع . وأما الحكم اللازم : فالجارية إما أن يعلم حالها أو يجهل ، فإن جهل فالرجوع في ظاهر الشرع إلى اليد ، إن كانت صغيرة وإلى اليد وإقرارها ، إن كانت كبيرة . واليد حجة شرعية ، كالإقرار وإن علم فهي أنواع :

أحدها من تحقق إسلامها في بلادها ، وأنه لم يجر عليها رق قبل ذلك ، فهذه لا تحل بوجه من الوجوه ، إلا بنكاح بشروطه .

الثاني : كافرة ممن لهم ذمة وعهد ، فكذلك .

الثالث : كافرة من أهل الحرب، مملوكة لكافر حربي أو غيره ، فباعها فهي حلال لمشتريها .

الرابع : كافرة من أهل الحرب ، قهرها وقهر سيدها كافر آخر ؛ فإنه يملكها كلها ويبيعها لمن يشاء ، وتحل لمشتريها . وهذان النوعان : الحل فيهما قطعي . وليس محل الورع كما أن النوعين الأولين الحرمة فيهما قطعية .

النوع الخامس : كافرة من أهل الحرب ، لم يجر عليها رق، وأخذها مسلم ، فهذا أقسام :

أحدها : أن يأخذها جيش من جيوش المسلمين بإيجاف خيل أو ركاب ، فهي غنيمة أربعة أخماسها للغانمين ، وخمسها لأهل الخمس ، وهذا لا خلاف فيه ، وغلط الشيخ تاج الدين الفزاري ، فقال : إن حكم الفيء والغنيمة راجع إلى رأي الإمام يفعل فيه مايراه مصلحة . وصنف في ذلك كراسة سماها « الرخصة العميمة في أحكام الغنيمة » وانتدب له الشيخ محيي الدين النووي ، فرد عليه في كراسة أجادفيها . والصواب معه قطعا ، وقد تتبعت غزوات النبي ﷺ وسراياه ، فكل ما حصل فيه غنيمة أو فيء قسم وخمس . وكذلك غنائم بدر . ومن تتبع السير وجد ذلك مفصلا . ولو قال الإمام : من أخذ شيئا فهو له ، لم يصح .

القسم الثاني : أن ينجلي الكفار عنها بغير إيجاف من المسلمين ، أو يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة ، وما أشبه ذلك ، فهذه فيء يصرف لأهله . فالجارية التي توجد من غنيمة أو فيء لا تحل حتى تتملك من كل من يملكها من أهل الغنيمة أو الفيء أو من المتولي عليهم ، أو الوكيل عنهم ، أو ممن انتقل الملك إليه من جهتهم ، ولو بقي فيها قيراط لا تحل حتى يتملكه ممن هو له .

القسم الثالث : أن يغزو واحد ، أو اثنان بإذن الإمام ، فما حصل لهما من الغنيمة يختصان بأربعة أخماسها . والخمس لأهله . هذا مذهبنا . ومذهب جمهور العلماء ، فلا فرق بين أن تكون السرية قليلة أو كثيرة .

الرابع : أن يغزو واحد ، أو اثنان ، أو أكثر بغير إذن الإمام : فالحكم كذلك عندنا وعند جمهور العلماء .

الخامس : أن يكون الواحد أو الاثنان ونحوهما ليسوا على صورة الغزاة ، بل متلصصين فقد ذكر الأصحاب : أنهم إذا دخلوا يخمس ما أخذوه على الصحيح ، وعللوه بأنهم غرروا بأنفسهم فكان كالقتال . وهذا التعليل يقتضي أنه لم ينقطع فى الجملة عن معنى الغزو .

والإمام فى موضع حكى هذا وضعفه . وقال : إن المشهور عدم التخميس . وفي موضع ادعى إجماع الأصحاب على أنه يختص به ، ولا يخمس ، وجعل مال الكفار على ثلاثة أقسام : غنيمة ، وفئ ، وغيرها كالسرقة ، فيتملكه من يأخذه ، قياسا على المباحات ووافقه الغزالى على ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة . وقال البغوى : إن الواحد إذا أخذ من حربى شيئا على جهة السوم ، فجحده أو هرب به ، اختص به ، وفيما قاله نظر يحتمل أن يقال : يجب رده ، لأنه كان ائتمنه . فإن صح ماقاله البغوى ، وافق الغزالى بطريق الأولى . وقال أبو إسحاق : إن المأخوذ على جهة الاختلاس فئ . وقال الماوردى غنيمة . وماقاله الماوردى موافق لكلام الأكثرين . وماقاله أبو إسحاق : إن أراد بالفئ الغنيمة حصل الوفاق ، وإلا فلا . وزعم أنه ينزع من المختلس ، ويعطى جميعه لغيره من المقاتلة وأهل الخمس ، فبعيد .

فهذا القسم الخامس من النوع الخامس ، قد اشتمل على صور ، ولم يفردها الأصحاب بل ذكروها مدرجة مع القسم الرابع . والجارية المأخوذة على هذه الصورة فيها هذا الخلاف ، واجتنابها محل الورع . انتهى .

قاعدة :

الأصل فى الكلام الحقيقة

وفى ذلك فروع :

منها : إذا وقف على أولاده ، أو أوصى لهم ، لايدخل فى ذلك ولد الولد فى الأصح لأن اسم

الولد حقيقة فى ولد الصلب . وفى وجه نعم ، حملا له على الحقيقة والمجاز .

ومنها : لوحلف لايبيع ، أو لايشترى ، أو لايضرب عبده فوكل فى ذلك ، لم يحنث ، حملا للفظ على حقيقته . وفى قول : إن كان ممن لايتولاه بنفسه ، كالسلطان ، أو كان المحلوف عليه مما لايعتاد الحالف فعله بنفسه ، كالبناء ونحوه ، حنث إذا أمر بفعله .

ومنها : لوقال : وقفت على حفاظ القرآن . لم يدخل فيه من كان حافظا ونسيه ، لأنه لايطلق عليه حافظ إلا مجازا باعتبار ما كان . نقله الإسنوى عن البحر .

ومنها : وقف على ورثة زيد ، وهو حى ، لم يصح . لأن الحى لاورثة له . قاله فى البحر أيضا . قال الإسنوى : ولوقيل : يصح ، حملا على المجاز : أى ورثته لومات ، لكان محتملا .

ومنها : لوحلف لايبيع أو لايشترى ، أو لايستأجر ، أونحو ذلك . لم يحنث لابالصحيح ، دون الفاسد ، بناء على أن الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح ، دون الفاسد .

ومنها : لوقال : هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك ، حتى لوقال . أردت أنها مسكنه . لم يسمع .

ومنها : لوحلف لايدخل دار زيد . لم يحنث إلا بدخول مايملكها ، دون مايسكنها بإعارة أو إجارة . لأن إضافتها إليه مجاز ، إلا أن يريد مسكنه ، ولوحلف لايدخل مسكنه ، لم يحنث بدخول داره التى هى ملكه ولا يسكنها فى الأصح ، لأنها ليست مسكنه حقيقة .

ومنها : لوحلف لايأكل من هذه الشاة ، حنث بلحمها ، لأنه الحقيقة ، دون لبنها ونتاجها . لأنه مجاز . نعم ، إن هجرت الحقيقة تعين العمل بالمجاز الراجح ، كأن حلف لايأكل من هذه الشجرة ، فإنه يحنث بثمرها ، وإن كان مجازا . دون ورقها وأغصانها وإن كان حقيقة .

(تنبيه) قد يشكل على هـذا الأصل : مالوحلف لايصلى ، فالأصح فى أصل الروضة أنه يحنث بالتحرم . وفى وجه : لايحنث إلا بالفراغ ، لأنها قدتفسد قبل تمامها ، فلا يكون مصليا حقيقة . وهذا هو قياس القاعدة . وفى ثالث : لايحنث حتى يركع ؛ لأنه حينئذ يكون أتى بالمعظم ، فيقوم مقام الجميع . والرافعى حكى الأوجه فى الشرح ، ولم يصحح شيئا .

ذكر تعارض الأصل والظاهر

قال النووى فى شرح المهذب ذكر جماعة من متأخرى الخراسانيين : أن كل مسألة تعارض

فيها أصل وظاهر ، أو أصلان . ففيها قولان . وهذا الإطلاق ليس على ظاهره فإن لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، كشهادة عدلين ، فإنها تفيد الظن ، ويعمل بها بالإجماع ، ولا ينظر إلى أصل براءة الذمة ، ومسألة بول الظبية وأشباهها ، ومسائل يعمل فيها بالأصل بلا خلاف ، كمن ظن حدثا ، أوطلاقا ، أوعتقا ، أوصلى ثلاثا أم أربعا . فإنه يعمل فيها بالأصل بلا خلاف .

قال : والصواب في الضابط ماحرره ابن الصلاح . فقال : إذا تعارض أصلان أوأصل وظاهر وجب النظر في الترجيح ، كما في تعارض الدليلين ، فإن تردد في الراجح فهي مسائل القولين . وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف . وإن ترجح دليل أصلي حكم به بلا خلاف . انتهى .

فالأقسام حينئذ أربعة :

الأول : مايرجح فيه الأصل جزما ، ومن أمثلته جميع ماتقدم من الفروع . وضابطه أن يعارضه احتمال مجرد .

الثاني : مايرجح فيه الظاهرجزما . وضابطه :أن يستند إلى سبب منصوب شرعا كالشهادة تعارض الأصل ، والرواية ، واليد في الدعوى ، وإخبار الثقة بدخول الوقت أو بنجاسة الماء ، وإخبارها بالحيض ، وانقضاء الأقراء ، أومعروف عادة ، كأرض على شط نهر . الظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء ، فلا يجوز استئجارها . وجوز الرافعي تخريجه على تقابل الأصل والظاهر . ومثل الزركشي لذلك باستعمال السرجين في أواني الفخار ، فيحكم بالنجاسة قطعا . ونقله عن الماوردي . وبالماء الهارب من الحمام ، لاطراد العادة بالبول فيه ، أو يكون معه مايعتضد به ، كمسألة بول الظبية .

ومنه : لو أخذ المحرم بيض دجاجة وأحضنها صيدا ، ففسد بيضه ، ضمنه ، لأن الظاهر أن الفساد نشأ من ضم بيض الدجاج إلى بيضه ، ولم يحك الرافعي فيه خلافا .

الثالث ، ما يرجح فيه الأصل على الأصح . وضابطه : أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف . وأمثلته لاتكاد تحصر .

منها : الشيء الذي لايتيقن نجاسته ، ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأواني وثياب مدمني الخمر ، والقصابين والكفار المتدينين بها كالمجوس ، ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها ، مسلما كان أو كافرا ، كما في شرح المهذب عن الإمام ، وطين الشارع والمقابر

المنبوشة حيث لا تتيقن . والمعنى بها كما قال الإمام وغيره : التي جرى النبش في أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها . وفي جميع ذلك قولان ، أصحهما الحكم بالطهارة استصحابا للأصل .

ومن ذلك : مالو أدخل الكلب رأسه في الإناء ، وأخرجه وفمه رطب ، ولم يعلم ولوغه ، والأصح أنه لا يحكم بنجاسة الإناء . فإن أخرجه يابسا ، فطاهر قطعا .

ومن ذلك : لوسقط في بئر فأرة ، وأخذ دلو قبل أن ينزح إلى الحد المعتبر ، وغلب على الظن أنه لايخلو من شعر ، ولم ير ، ففيه القولان . والأظهر الطهارة .

ومنها : إذا تنحنح الإمام ، وظهر منه حرفان ، فهل يلزم المأموم المفارقة ، إعمالا للظاهر الغالب المقتضي لبطلان الصلاة ، أولا ، لأن الأصل بقاء صلاته ، ولعله معذور في التنحنح ، فلا يزال الأصل إلا بيقين ؟ قولان . أصحهما : الثاني .

ومنها : لو امتشط المحرم فانفصلت من لحيته شعرات ، ففيه وجهان ، أصحهما : لا فدية لأن النتف لم يتحقق ، والأصل براءة الذمة . والثاني : يجب . لأن المشط سبب ظاهر ، فيضاف إليه ، كإضافة الإجهاض إلى الضرب .

ومنها : الدم الذي تراه الحامل ، هل هو حيض ؟ قولان ، أصحهما : نعم ، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة ، أو دم جبلة ، والأصل السلامة . والثاني : لا لأن الغالب في الحامل عدم الحيض .

ومنها : لو قذف مجهولا ، وادعى رقه ، فقولان ، أصحهما : أن القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمته ، والثاني : قول المقذوف ؛ لأن الظاهر الحرية ، فإنها الغالب في الناس .

ومنها : لو جرت خلوة بين الزوجين ، وادعت الإصابة فقولان . أصحهما : تصديق المنكر ، لأن الأصل عدمها ، والثاني : تصديق مدعيها ؛ لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالبا .

ومنها : لو اختلف الزوجان الوثنيان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معا ، فالنكاح باق، وأنكرت ، فالقول قوله في الأظهر ، لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني قولها، لأن التساوي في الإسلام نادر . فالظاهر خلافه .

ومنها : دعوى المديون ، لا في مقابلة مال ، الإعسار ، فيه وجهان ، أصحهما : القول قوله ، لأن الأصل العدم . والثاني : لا ، لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا .

ومنها : إذا ادعى الغاصب عيبا خلقيا فى المغصوب ، كقوله : ولد أكمه أو أعرج أو فاقد اليد ، فوجهان . أصحهما : القول قوله ، لأن الأصل العدم ويمكن المالك إقامة البينة . والثانى : تصديق المالك ، لأن الغالب السلامة . بخلاف مالو ادعى عيبا حادثا . فإن الأظهر تصديق المالك ، لأن الأصل والغالب دوام السلامة . والثانى : الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته ، فهذه الصورة تعارض فيها أصلان ، واعتضد أحدهما بظاهر .

ونظير ذلك : مالو جنى على طرف ، وزعم نقصه ، فإنه إن ادعى عيبا خلقيا فى عضو ظاهر صدق الجانى فى الأظهر ، لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة . والمالك يمكنه إقامة البينة ، وإن ادعى عيبا حادثا أو أصليا فى عضو باطن ، فالأظهر : تصديق المجنى عليه لأن الأصل السلامة .

ومنها : لو ادعى المالك أنه كان كاتبا . صدق الغاصب ، لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة مما زاد ، والقول الثانى المالك ، لأن الغالب أن صفات العبد لا يعرفها إلا السيد .

ومنها : لو قال هذا ولدى من جاريتى هذه ، لحقه عند الإمكان ، وهل يثبت كون الجارية أم ولد ، لأنه الظاهر ، أولا ، لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجية ؟ فيه قولان رجح الرافعى الثانى . قال : ولهما خروج على تقابل الأصل والظاهر .

ومنها : لو قال الراهن للمرتهن ، لم تقبض العين المرهونة عن الرهن ، بل أعرتكها فالأصح أن القول قوله ، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن فى القبض . وقيل : قول المرتهن ، لأن الظاهر أنه قبضه عن الرهن .

ومنها : جاء المتبايعان معا ؛ فقال أحدهما ، لم أفارقه ، فلى خيار المجلس . فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التفرق . كذا أطلق الأصحاب . قال الرافعى ، وهو بين ، إن قصرت المدة . وأما إذا طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر ، فلا يبعد تخريجه على تعارض الأصل والظاهر . وتابعه ابن الرفعة .

ومنها : طرح العصير فى الدن ، وأحكم رأسه . ثم حلف أنه لم يستحل خمرا ، ولم يفتح رأسه إلى مدة ، ولما فتح وجده خلا ، فوجهان . أحدهما لا يحنث . لأن الأصل عدم الاستحالة ، وعدم الحنث . والثانى إن كان ظاهر الحال صيرورته خمرا وقت الحلف حنث . وإلا فلا .

ومنها ، جرح المحرم صيدا وغاب . ولم يعلم ، هل برىء أو مات ؟ فالمذهب ، أن عليه ضمان مانقص ، لأن الأصل براءة الذمة من الزائد ؟ وقيل : عليه الجزاء كاملا ، لأنه قد صيره غير ممتنع . والظاهر بقاؤه على هذه الحالة . ولو غاب ووجده ميتا ، ولم يدر هل مات بجرحه

وجوب إعادة الغسل ، لأن الظاهر خروج منيها معه ، والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم خروجه.

ومنها : قال المالك : أجرتك الدابة ، وقال الراكب ، بل أعرتنى . ففى قول ، يصدق الراكب ، لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة ، والأصح : تصديق المالك ، إذا مضت مدة لمثلها أجرة ، والدابة باقية ، لأن الظاهر يقتضى الاعتماد على قوله فى الإذن ، فكذلك فى صفته .

ومنها : لو ألقاه فى ماء أونار ، فمات ، وقال الملقى : كان يمكنه الخروج ، ففى قول يصدق ، لأن الأصل براءة ذمته ، والأصح عند النووى : يصدق الولى . لأن الظاهر أنه لو تمكن لخرج .

ومنها : إذا رأت المرأة الدم لوقت يجوزأن يكون حيضا . أمسكت عما تمسك عنه الحائض ، لأن الظاهر أنه حيض ، وقيل لا ، عملا بالأصل .

فصل فى تعارض الأصلين

قال الإمام ، وليس المراد بتعارض الأصلين ، تقابلهما ، على وزن واحد فى الترجيح فإن هذا كلام متناقض ، بل المراد التعارض ، بحيث يتخيل الناظر فى ابتداء نظره لتساويهما فإذا حقق فكره رجح . ثم تارة يجزم بأحد الأصلين ، وتارة يجرى الخلاف ، ويرجح بما عضده من ظاهر أوغيره . قال ابن الرفعة : ولو كان فى جهة أصل ، وفى جهة أصلان . جزم لذى الأصلين . ولم يجر الخلاف .

فمن فروع ذلك :

إذا ادعى العنين الوطء فى المدة ، وهوسليم الذكر والأنثيين ، فالقول قوله قطعا مع أن الأصل عدم الوطء . لأن الأصل بقاء النكاح . واعتضد بظاهره أن سليم ذلك لا يكون عنينا فى الغالب. فلو كان خصيا ، أو مجبوبا جرى وجهان ، والأصح تصديقه أيضا ، لأن إقامة البينة على الوطء تعسر . فكان الظاهر ، الرجوع إلى قوله . فلوثبتت بكارتها رجعنا إلى تصديقها قطعا ، لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوى .

ومنها : قالت : سألتك الطلاق بعوض فطلقتنى عليه متصلا فأنا منك بائن ، وقال بل بعد طول الفصل ، فلى الرجعة . فالمصدق الزوج . قال السبكى : ولم يخرجوه على تقابل الأصلين .

ومنها : قال : بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لى ، وعاكسه المشترى . صدق البائع ،

أو بسبب آخر ، فهل يجب جزاء كامل ، أو ضمان الجرح فقط ؟ قولان . قال فى الروضة : أصحهما الثانى .

ونظيره ، فى مسألة الظبية : أن لا يرى الماء عقب البول ، بل تغيب ثم يجده متغيرا ، فإنه لا يحكم بأن التغير عن البول .

ونظيره أيضا : لو جرح الصيد وغاب ، ثم وجده ميتا ، فإنه لا يحل فى الأظهر .

ومنها : لو رمى حصاة إلى المرمى ، وشك : هل وقعت فيه أولا ؟ فقولان . أصحهما لا يجزيه ، لأن الأصل عدم الوقوع فيه ، وبقاء الرمى عليه ، والثانى : يجزيه ، لأن الظاهر وقوعها فى المرمى .

الرابع ما ترجح فيه الظاهر على الأصل ، بأن كان سببا قويا منضبطا . وفيه فروع :

منها : من شك بعد الصلاة ، أو غيرها من العبادات ، فى ترك ركن غير النية ، فالمشهور أنه لا يؤثر ، لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة . والثانى يقول : الأصل عدم فعله ومثله : مالو قرأ الفاتحة ، ثم شك بعد الفراغ منها فى حرف أو كلمة ، فلا أثر له . نقله فى شرح المهذب عن الجوينى .

وكذا لو استجمر وشك : هل استعمل حجرين ، أو ثلاثة كما فى فتاوى البغوى . قال الزركشى وقياسه كذلك فيما لو غسل النجس ، وشك بعد ذلك : هل استوعبه ؟ .

ومنها : اختلف المتعاقدان فى الصحة والفساد . فالأصح تصديق مدعى الصحة . لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع والثانى لا لسكون الأصل عدمها .

ومنها : لو جاء من قدام الإمام واقتدى ، وشك ، هل تقدم ؟ فالأصح الصحة . وقيل ، لا ، لأن الأصل عدم تأخره .

ومنها : لو وكل بتزويج ابنته ، ثم مات الموكل ، ولم يعلم ، هل مات قبل العقد ، أو بعده ؟ فالأصل عدم النكاح . وصححه الرويانى . وقال القاضى حسين ، الأصح صحته لأن الظاهر بقاء الحياة .

ومنها : لو ادعى الجانى رق المقتول . صدق القريب فى الأصح . لأنه الظاهر الغالب .

ومنها : شهد فى واقعة ، وعدل . ثم شهد فى أخرى بعد زمان طويل . فالأصح طلب تعديله ثانيا . لأن طول الزمان يغير الأحوال . والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم التغيير .

ومنها : إذا جومعت فقضت شهوتها ، ثم اغتسلت ، ثم خرج منها منى الرجل ، فالأصح

لأن الأصل بقاء ملكه : جزم به فى الروضة .

ومنها : اختلفا فى ولد المبيعة . فقال البائع : وضعته قبل العقد . وقال المشترى : بل بعده . قال الإمام : كتب الحليمى إلى الشيخ أبى حامد يسأله عن ذلك ؟ فأجاب : بأن القول قول البائع ، لأن الأصل بقاء ملكه ، وحكى الدارمى فى المصدق وجهين .

ومنها : اختلف مع مكاتبته . فقالت : ولدته بعد الكتابة ، فمكاتب مثلى . وقال السيد : بل قبلها . صدق السيد . قاله البغوى والرافعى . قالا : ولو زوج أمته بعبده ، ثم باعهما له ، فولدت وقد كاتبه وقال السيد : ولدت قبل الكتابة ، فهو لى . وقال المكاتب بل بعد الشراء فمكاتب . صدق المكاتب ، وفرقا بأن المكاتب هنا : يدعى ملك الولد لأن ولد أمته ملكه ، ويده مقرة على هذا الولد ، وهى تدل على الملك ، والمكاتب لا يدعى الملك ، بل ثبوت حكم الكتابة فيه .

ومنها : لو وقع فى الماء نجاسة ، وشك : هل هو قلتان ، أو أقل ؟ فوجهان : أحدهما يتنجس وبه جزم صاحب الحاوى ، وآخرون لتحقق النجاسة ، والأصل عدم الكثرة والثانى : لا ، وصوبه النووى . لأن الأصل : الطهارة ، وقد شككنا فى نجاسة منجسه ، ولا يلزم من النجاسة التنجيس ، ورجح الشيخ زين الدين الكينانى مقالة صاحب الحاوى ، وتبعه البلقينى ، لأن النجاسة محققة ، وبلوغ القلتين شرط ، والأصل عدمه ، ولا يجوز الأخذ بالاستصحاب عند القائلين به ، إلا أن يقطع بوجود المنافى ، وأما السبكى فإنه رجح مقالة النووى .

وخرج ابن أبى الصيف على هذه المسألة فرعا ، وهو :

قلتان متغيرتان بنجاسة ، ثم غاب عنهما ثم عاد ، ولا تغير ، وشك فى بقاء الكثرة ، فقال: إن قلنا بالطهارة فى الأولى فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، لأن الأصل بقاء الكثرة . ونازعه المحب الطبرى ، فقال : لا وجه للبناء ، ولا للخلاف لأن تلك تعارض فيها أصلان ، فنشأ قولان ، وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض .

ومنها : لو شككنا فيما أصاب من دم البراغيث . أقليل ، أم كثير ؟ ففيه احتمالان للإمام ، لأن الأصل ، اجتناب النجاسة ، والأصل فى هذه النجاسة العفو ، وهذه المسألة نظير ما قبلها ، وقد رجح فى أصل الروضة ، أن له حكم القليل .

ومنها : لو أدرك الإمام ، وهو راكع ، وشك . هل فارق حد الركوع قبل ركوعه فقولان.

أحدهما : أنه مدرك ، لأن الأصل بقاء ركوعه ، والثانى : لا ، لأن الأصل عدم الإدراك ، وهو الأصح .

ومنها : لو نوى وشك . هل كانت نيته قبل الفجر ، أو بعده ؟ لم يصح صومه . لأن الأصل عدم النية . قال النووى : ويحتمل أن يجيء فيه وجه ، لأن الأصل بقاء الليل ، كمن شك فى إدراك الركوع .

ومنها : لو أصدقها تعليم قرآن ، ووجدناها تحسنه . فقال : أنا علمتها وقالت : بل غيره ، فقولان ، لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته ، والأصح تصديقها .

ومنها : إذا غاب العبد ، وانقطعت أخباره . فى قول : تجب فطرته وهو الأصح . لأن الأصل بقاء حياته ، وفى قول : لا ، لأن الأصل براءة ذمة السيد ورجح الأول بأنه ثبت اشتغال ذمة السيد قبل غيبة العبد بفطرته ، فلا تزال إلا بيقين موته ويجرى القولان فى إجزاء عتقه عن الكفارة ، والأصح أنه لا تجزيه لأن الأصل اشتغال ذمته بالكفارة فلا تبرأ إلا بيقين .

ونظيره فى إعمال كل من الأصلين فى حالة ما إذا أدخل رجله لخف وأحدث قبل وصول القدم إلى مستقرها لا يجوز المسح ولو أخرجها إلى الساق ثم أدخلها ، لا يضر ، عملا بالأصل فى الموضعين .

ولو أراد جماعة إنشاء قرية لا للسكن فأقيم بها الجمعة لم يجزأ وكانت قرية وانهدمت وأقام أهلها لبنائها وأقيم بها الجمعة صح عملا بالأصل فى الموضعين .

ولو وجد لحما ملقى . وشك هل هو ميتة ، أو مذكى ؟ لا يحل أكله ولو لاقى شيئا لم ينجسه ، عملا بالأصل فيهما .

ومنها : أذن المرتهن فى البيع ورجع ، ثم ادعى الرجوع قبل البيع فوجهان ، لأن الأصل عدم البيع ، وعدم الرجوع ، والأصح تصديق المرتهن .

ومنها : لو شك : هل رضع فى الحولين أم بعدها ، فقولان لأن الأصل الحل وبقاء الحولين ، والأصح لا تحريم .

ولو شك : هل رضع خمسا أو أقل ، فلا تحريم قطعا لعدم معارضة أصل الإباحة بأصل آخر .

ومنها : باعه عصيرا وأقبضه ووجد خمرا ، فقال البائع تخمر عندك ، وقال المشترى بل عندك ؟ فالأصل عدم التخمر وعدم قبض الصحيح ، وصحح النووى تصديق البائع ترجيحا لأصل

استمرار البيع ، ويجري القولان فيما لو كان رهنا مشروطا في بيع .

ومنها : لو قبض المسلم فيه فجاء بعيب وقال : هذا الذي قبضته ، وأنكر المسلم إليه فالأصح : تصديق المسلم لأن الأصل اشتغال ذمة المسلم إليه ، ولم يتيقن البراءة والثاني يصدق المسلم إليه لأن الأصل السلامة واستقرار العقد ، ولهذا يصدق البائع قطعا فيما لو جاء المشتري بعيب ، وقال : هذا المبيع ، لأنه لم يعارضه أصل اشتغال الذمة ، وفارق المسلم لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء وتنازعا في عيب الفسخ والأصل عدمه ، والثمن المعين كالمبيع ، وفي الذمة فيه الوجهان في المسلم .

ومنها : لو رأى المبيع قبل العقد ، ثم قال البائع : هو بحاله ، وقال المشتري : بل تغير . فوجهان ، أحدهما يصدق البائع ، لأن الأصل عدم التغير والأصح المشتري لأن البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة والمشتري ينكر ذلك .

ومنها : إذا سلم الدار المستأجرة ثم ادعى المستأجر أنها غصبت ، فالأصح أن القول قول المكري ، لأن الأصل عدم الغصب ووجه الآخر أن الأصل عدم الانتفاع ، لكن اعتضد الأول بأنه بعد التسليم بقي الأصل: وجوب الأجرة عليه إلى أن يتبين ما يسقطها .

ومنها : لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال : أمرتني بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن في ذلك ، والثاني المستأجر ، لأن الأصل براءة ذمته ، والظاهر : أنه لا يتجاوز إذنه .

ومنها : قد ملفوفا وزعم موته ، ففي قول يصدق القاد لأن الأصل براءة ذمته والأصح يصدق الولي ، لأن الأصل بقاء الحياة .

ومنها : لو زعم الولي سراية والجاني سببا آخر ، فالأصح تصديق الولي لأن الأصل عدم السبب والثاني الجاني ، لأن الأصل براءة الذمة .

ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه ، وزعم الولي سببا آخر ، والجاني سراية فالأصح تصديق الولي ، لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين ، والثاني : الجاني ، لأن الأصل براءة ذمته .

ومنها : لو قلع سن صغير ومات قبل العود فقيل : يجب الأرش ، لأن الجناية قد تحققت والأصل عدم العود والأصح : لا ، لأن الأصل براءة الذمة ، والظاهر أنه لو عاش لعادت .

ومنها : ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية ، فالأصل عدم التسمية من جانب

وعدم التفويض من جانب ، كذا فى أصل الروضة . قال البلقيني : لم يبين فيه الحكم وكأنه أحاله على ما إذا اختلفا فى عقدين ، فإن كلا يحلف على نفي دعوى الآخر .

ومنها : إذا قال : كان له على كذا ، ففي كونه مقرا به خلاف لأن الأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة ، والأصح أنه ليس بإقرار .

ومنها : اطلعنا على كافر فى دارنا فقال : دخلت بأمان مسلم ، ففي مطالبته بالبينة وجهان لأن الأصل عدم الأمان ، ويعضده : أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالإشهاد ، والأصل حقن الدماء ، ويعضده : أن الظاهر أن الحربي لايقدم على هذا إلا بأمان ، وهذا هو الأصح .

ومنها : لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الإكراه ، فليجدد الإسلام فإن قتله مبادرا قبل التجديد ، ففي الضمان وجهان . قال فى الوسيط : مأخوذان من تقابل الأصلين عدم الإكراه وبراءة الذمة .

ومنها : طار طائر فقال ، إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق ، ثم اصطاد ذلك اليوم طائرا وجهل : هل هو ذلك أو غيره ، ففى وقوع الطلاق تردد لتعارض أصلين : بقاء النكاح وعدم اصطياده ، ورجح النووى من زوائده عدم الوقوع .

ومنها : زاد المقتص فى الموضحة وقال : حصلت الزيادة باضطراب الجانى وأنكر ففى المصدق وجهان فى الروضة بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب . قال ابن الرفعة : وينبغى القطع بتصديق المشجوج ، يعنى وهو المقتص لأنه وجد فى حقه أصلان : براءة الذمة وعدم الارتعاش ، ولم يوجد فى حق الآخر إلا أصل واحد ، بل والظاهر أيضا أن من مسه آلة القصاص يتحرك بالطبع .

ومنها : ضربها الزوج وادعى نشوزها ، وادعت هى أن الضرب ظلم ، فقد تعارض أصلان : عدم ظلمه وعدم نشوزها ، قال ابن الرفعة : لم أر فيها نقلا قال : والذى يقوى فى ظنى أن القول قوله ، لأن الشارع جعله وليا فى ذلك .

تذنيب

لهم أيضا تعارض الظاهرين

ومن أمثلته : إذا أقرت بالنكاح وصدقها المقر له بالزوجية ، فالجديد قبول الإقرار لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه ، والقديم إن كانا بلديين طولبا بالبينة ، لمعارضة هذا الظاهر لظاهر آخر ، وهو أن البلديين يعرف حالهما غالبا ، ويسهل عليهما إقامة البينة .

فوائد

نختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : قال ابن القاص فى التلخيص ، لا يزال حكم اليقين بالشك إلا فى إحدى عشرة مسألة :

إحداها : شك ماسح الخف ، هل انقضت المدة أم لا ؟

الثانية : شك هل مسح فى الحضر أو فى السفر ، يحكم فى المسألتين بانقضاء المدة .

الثالثة : إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدرى : أمسافر هو ، أم مقيم ؟ لم يجز القصر .

الرابعة : بال حيوان فى ماء كثير، ثم وجده متغيرا ولم يدر، أتغير بالبول أم بغيره فهو نجس.

الخامسة : المستحاضة المتحيرة ، يلزمها الغسل عند كل صلاة ، يشك فى انقطاع الدم قبلها .

السادسة : من أصابته نجاسة فى ثوبه أو بدنه وجهل موضعها ، يجب غسله كله .

السابعة : شك مسافر . أوصل بلده أم لا ، لايجوز له الترخص .

الثامنة شك مسافر هل نوى الإقامة أم لا لايجوز له الترخص .

التاسعة : المستحاضة وسلس البول إذا توضأ ، ثم شك : هل انقطع حدثه أم لا ؟ فصلى بطهارته ، لم تصح صلاته .

العاشرة : تيمم ، ثم رأى شيئا لايدرى : أسراب هو ، أم ماء بطل تيممه ، وإن بان سرابا.

الحادية عشرة ، رمى صيدا فجرحه ، ثم غاب فوجده ميتا ، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلبا .

هذا ماذكره ابن القاص .

وقد نازعه القفال وغيره فى استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك ، وإنما عمل فيها بالأصل الذى لم يتحقق شرط العدول عنه ، لأن الأصل فى الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح : بقاء المدة وشككنا فيه ، فعمل بأصل الغسل ، وفى الثالثة والسابعة والثامنة القصر رخصة بشرط ، فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل ، وهو الإتمام ؛ وفى الخامسة الأصل وجوب الصلاة ، فإذا شكت فى الانقطاع فصلت بلا غسل ، لم تتيقن البراءة منها وفى السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة ، فلما لم يغسل الجميع فهو شاك فى

زوال منعه من الصلاة ، وفى العاشرة : إنما بطل التيمم لأنه توجه الطلب عليه، وفى الحادية عشرة فى حل الصيد قولان ، فإن قلنا لا يحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم ، وقد شككنا فى الإباحة ، وقد نقل النووى ذلك فى شرح المهذب وقال ماقاله القفال فيه نظر .

والصواب فى أكثر هذه المسائل مع ابن القاص .

قال وقد استثنى إمام الحرمين أيضا والغزالى ما إذا شك الناس فى انقضاء وقت الجمعة فإنهم لا يصلون الجمعة ، وإن كان الأصل بقاء الوقت .

قال : ومما يستثنى إذا توضأ وشك ، هل مسح رأسه أم لا ، وفيه وجهان الأصح صحة وضوئه ، ولا يقال الأصل عدم المسح .

ومنه لو سلم من صلاته، وشك هل صلى ثلاثا أو أربعا، والأظهر أن صلاته مضت على الصحة .

قال : فإن تكلف متكلف ، وقال : المسألتان داخلتان فى القاعدة ، فإنه شك هل ترك أولا ، والأصل عدمه ، فليس بشىء لأن الترك عدم باق على ما كان عليه ، وإنما المشكوك فيه الفعل ، والأصل عدمه ولم يعمل بالأصل .

قال : وأما إذا سلم من صلاته فرأى عليه نجاسة ، واحتمل وقوعها فى الصلاة وحدوثها بعدها ، فلا تلزمه إعادة الصلاة ، بل مضت على الصحة ، فيحتمل أن يقال الأصل عدم النجاسة فلا يحتاج إلى استثنائها لدخولها فى القاعدة ، ويحتمل أن يقال : تحقق النجاسة وشك فى انعقاد الصلاة ؛ والأصل عدمه ، وبقاؤها فى الذمة ، فيحتاج إلى استثنائها انتهى كلام النووى .

وزاد ابن السبكى فى نظائره صورا أخرى .

منها : إذا جاء من قدام الإمام واقتدى به وشك ، هل هو متقدم عليه ، فالصحيح فى التحقيق وشرح المهذب أنه تصح صلاته .

فهذا ترك أصل من غير معارض ، ولذلك رجح ابن الرفعة مقابله : أنه لا يصح عملا بالأصل السالم عن المعارض ولو كان جاء من خلف الإمام صحت قطعا ، لأن الأصل عدم تقدمه :

وفى نظير هذه المسألة لو صلى وشك ، هل تقدم على الإمام بالتكبير أولا ، لا تصح صلاته وفرق بأن الصحة فى التقدم أكثر وقوعا فإنها تصح فى صورتين : التأخير والمساواة وتبطل فى التقدم خاصة ، والصحة فى التكبير أقل وقوعا ، فإنها تبطل بالمقارنة والتقدم ، وتصح فى صورة واحدة ، وهى التأخر .

ومنها : من له كفان عاملتان أو غير عاملتين ، فبأيهما مس انتقض وضوءه مع الشك فى أنها أصلية أو زائدة ، والزائدة ، لا تنقض ، ولهذا لو كانت إحداهما عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح .

ومنها : إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح . وإلا لتخلد الحبس عليه إذا كان صادقا وعجز عن البينة ، والثانى يصدق المالك ، لأن الأصل البقاء .

وزاد الزركشى فى قواعده صورا أخرى .

منها : مسألة الهرة ، فإن الأصل نجاسة فمها ، فترك ، لاحتمال ولو غها فى ماء كثير وهو شك .

ومنها : من رأى منيا فى ثوبه أو فراشه الذى لا ينام فيه غيره ولم يذكر احتلاما ، لزمه الغسل فى الأصح ، مع أن الأصل عدمه .

ومنها : من شك بعد صوم يوم من الكفارة ، هل نوى لم يؤثر على الصحيح مع أن الأصل عدم النية .

ومنها : من عليه فائتة شك فى قضائها لا يلزمه ، مع أن الأصل بقاؤها . ذكره الشيخ عز الدين فى مختصر النهاية .

الفائدة الثانية : قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني ، الشك على ثلاثة أضرب ، شك طرأ على أصل حرام ، وشك طرأ على أصل مباح ، وشك لا يعرف أصله .

فالأول : مثل أن يجد شاة فى بلد فيها مسلمون ومجوس فلا يحل حتى يعلم أنها ذكاة مسلم لأنها أصلها حرام ، وشككنا فى الذكاة المبيحة ، فلو كان الغالب فيها المسلمون جاز الأكل عملا بالغالب المفيد للظهور .

والثانى : أن يجد ماء متغيرا ، واحتمل تغيره بنجاسة ، أو بطول المكث يجوز التطهر به عملا بالغالب عملا بأصل الطهارة .

والثالث : مثل معاملة من أكثر ماله حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام فلا تحرم مبايعته لإمكان الحلال وعدم تحقق التحريم ، ولكن يكره خوفا من الوقوع فى الحرام . انتهى .

الثالثة : قال النووى : اعلم أن مراد أصحابنا بالشك فى الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق والطلاق وغيرها : هو التردد بين وجود الشىء وعدمه سواء كان الطرفان فى التردد

سواء أوأحدهما راجحا فهذا معناه فى استعمال الفقهاء وكتب الفقه .

أما أصحاب الأصول : فإنهم فرقوا بين ذلك وقالوا : التردد إن كان على السواء فهو شك، وإن كان أحدهما راجحا فالراجح ظن والمرجوح وهم .

ووقع للرافعى : أنه فرق بينهما فى الحدث فقال : إنه يرفع بظن الطهر ، لا بالشك فيه تبعه فى الحاوى الصغير وقيل : إنه غلط معدود من أفراده . قال ابن الرفعة لم أره لغيره .

قال فى المهمات : وفى الشامل إذا قلنا بنقض الوضوء بالنوم مضطجعا ، لأن الظاهر خروج الحدث فصدق أن يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث بخلاف عكسه فكأن الرافعى أراد ماذكره ابن الصباغ فانعكس عليه ، وللجلى احتمال فيما إذا ظن الحدث بأسباب عارضة فى تخريجه على قولى الأصل والغالب .

قال الزركشى ، وما زعمه النووى من أنه فى سائر الأبواب لا فرق فيه بين المساوى والراجح يرد عليه أنهم فرقوا فى مواضع كثيرة .

منها : فى الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول فى الأربعة ، كنزول عيسى فمؤول ، وإن ظن حصوله قبلها فلا ، وإن شك فوجهان .

ومنها : شك فى المذبوح ، هل فيه حياة مستقرة ، حرم للشك فى المبيح . وإن غلب على ظنه بقاؤها حل .

ومنها : فى الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز ، وإن شك فلا .

ومنها : وجوب ركوب البحر فى الحج إذا غلبت السلامة ، وإن شك فلا .

ومنها : المرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا ، نفذ التصرف من الثلث وإن شككنا فى كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

ومنها : قال الرفعى فى كتاب الاعتكاف : قولهم « لايقع الطلاق بالشك » مسلم ، لكنه يقع بالظن الغالب انتهى .

ويشهد له لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق . فإذا مضت ثلاثة أقراء من وقت التعليق وقع الطلاق ، مع أن الأقراء لاتفيد إلا الظن ولهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع .

الرابع: يعبر عن الأصل فى جميع ما تقدم بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضى فى الحاضر وأما استصحاب الحاضر فى الماضى فهو الاستصحاب المقلوب .

قال الشيخ تقي الدين السبكي : ولم يقل به الأصحاب إلا في مسألة واحدة وهوما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع وانتزعه منه بحجة مطلقة ، فإنهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع . بل لوباع المشتري أو وهب ، وانتزع من المشتري منه أوالموهوب له . كان للمشتري الأول الرجوع أيضا ، فهذا استصحاب الحال في الماضي فإن البينة لا تنشئ الملك ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، لابد من تقدير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي ولكنهم استصحبوا مقلوبا ، وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى .

قال ابنه تاج الدين : وقيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا ، ولم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي ، أنه يحكم بأنه جاهلي ولو كان المغصوب باقيا ، وهو أعور مثلا فقال الغاصب : هكذا غصبته . فالقول قول الغاصب . صرح به الشيخ أبو حامد وغيره فهذا استصحاب مقلوب .

ونظيره لو قال المالك : كان طعامي جديدا ، وقال الغاصب عتيقا فالمصدق الغاصب .

القاعدة الثالثة

المشقة : تجلب التيسير

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقوله ﷺ « بعثت بالحنيفية السمحة » أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله . ومن حديث أبي أمامة والديلمي وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها .

واخرج أحمد في مسنده والطبراني والبزار وغيرهما عن ابن عباس قال « قيل : يارسول الله ، أي الأديان أحب إلى الله ، قال : الحنيفية السمحة » وأخرجه البزار من وجه آخر بلفظ « أي الإسلام » .

وروى الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة رضي الله عنه « إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة » .

وروى الشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة وغيره « إنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين » وحديث « يسروا ولا تعسروا » .

وروى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعا « إن دين الله يسر ـ ثلاثا » .

وروى أيضا من حديث الأعرابي بسند صحيح « إن خير دينكم أيسره ، إن خير دينكم أيسره » .

وروى ابن مردويه من حديث محجن بن الأدرع مرفوعا « إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر » .

وروى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها « ماخير رسول ﷺ بين أمرين ، إلا اختار أيسرهما ، مالم يكن إثما » .

وروى الطبراني عن ابن عباس مرفوعا « إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا » .

قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته .

واعلم أن أسباب التخفيف فى العبادات وغيرها سبعة :

الأول : السفر .

قال النووى : ورخصه ثمانية .

منها : مايختص بالطويل قطعا وهو القصر والفطر والمسح أكثر من يوم وليلة .

ومنها : مالا يختص به قطعا ، وهو ترك الجمعة وأكل الميتة .

ومنها : مافيه خلاف ، والأصح اختصاصه به وهو الجمع .

ومنها : مافيه خلاف ، والأصح عدم اختصاصه به ، وهو التنفل على الدابة وإسقاط الفرض بالتيمم .

واستدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة ، صرح بها الغزالى وهى :

ما إذا كان له نسوة وأراد السفر ، فإنه يقرع بينهن . ويأخذ من خرجت لها القرعة ، ولا يلزمه القضاء لضراتها إذا رجع . وهل يختص ذلك بالطويل ؟ وجهان. أصحهما : لا

الثانى : المرض ، ورخصه كثيرة ، التيمم عند مشقة استعمال الماء ، وعدم الكراهة فى الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضاءه ، والقعود فى صلاة الفرض . وخطبة الجمعة . والاضطجاع فى الصلاة ، والإيماء والجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووى والسبكى

والإسنوى والبلقينى ، ونقل عن النص وصح فيه الحديث وهو المختار ، والتخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة كما تقدم ، والفطر فى رمضان وترك الصوم للشيخ الهرم مع الفدية ، والانتقال من الصوم إلى الإطعام فى الكفارة ، والخروج من المتكف وعدم قطع التتابع المشروط فى الاعتكاف ، والاستنابة فى الحج وفى رمى الجمار ؛ وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية ، والتحلل على وجه . فإن شرطه فعلى المشهور ، والتداوى بالنجاسات وبالخمر على وجه ، وإساغة اللقمة بها إذا غص بالاتفاق ، وإباحة النظر حتى للعورة والسوأتين .

الثالث : الإكراه .

الرابع : النسيان .

الخامس : الجهل ، وسيأتى لها مباحث .

السادس : العسر وعموم البلوى ، كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها ، كدم القروح والدمامل والبراغيث ، والقيح والصديد ، وقليل دم الأجنبى وطين الشارع ، وأثر نجاسة عسر زواله ، وذرق الطيور إذا عم فى المساجد والمطاف ومايصيب الحب فى الدوس من روث البقر وبوله .

ومن ذلك العفو عما لايدركه الطرف ومالا نفس له سائلة ، وريق النائم ، وفم الهرة .

ومن ثم لايتعدى إلى حيوان لايعم اختلاطه بالناس كما قال الغزالى وأفواه الصبيان . وغبار السرجين ونحوه وقليل الدخان أو الشعر النجس ، ومنفذ الحيوان .

ومن ثم لايعفى عن منفذ الآدمى ، لإمكان صونه عن الماء ونحوه ، وروث ماتشوه فى الماء والمائع ومافى جوف السمك الصغار على وجه اختاره الرويانى .

ومن ذلك : مشروعية الاستجمار بالحجر وإباحة الاستقبال والاستدبار فى قضاء الحاجة فى البنيان ، ومس المصحف للصبى المحدث .

ومن ثم لايباح له إذا لم يكن متعلما كما نقله فى المهمات عن مفهوم كلامهم ، وجواز المسح على العمامة لمشقة استيعاب الرأس ، ومسح الخف فى الحضر لمشقة نزعه فى كل وضوء ومن ثم وجب نزعه فى الغسل لعدم تكرره .

وأنه لايحكم على الماء بالاستعمال مادام مترددا على العضو ، ولايضره التغيير بالمكث والطين والطحلب وكل مايعسر صونه عنه ، وإباحة الأفعال الكثيرة والاستدبار فى صلاة شدة الخوف ، وإباحة النافلة على الدابة فى السفر ، وفى الحضر على وجه ، وإباحة القعود فيهما

مع القدرة ، وكذا الاضطجاع والإبراد بالظهر فى شدة الحر .

ومن ثم لا إبراد بالجمعة لاستحباب التبكير إليها .

والجمع فى المطر وترك الجماعة والجمعة بالأعذار المعروفة وعدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض لتكررها بخلاف الصوم وبخلاف المستحاضة لندرة ذلك ، وأكل الميتة ومال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر ، وأكل الولى من مال اليتيم بقدر أجرة عمله إذا احتاج وجواز تقديم نية الصوم على أوله ، ونية صوم النفل بالنهار ، وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والفوات ، ولبس الحرير للحكة والقتال وبيع نحو الرمان والبيض فى قشره ؛ والموصوف فى الذمة وهو السلم ؛ مع النهى عن بيع الغرر ، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل ، وبارز الدار عن أسها ، ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو ويحصل فيه الندم فيشق على العاقد ، فسهل الشارع ذلك عليه بجواز الفسخ فى مجلسه وشرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام ، ومشروعية الرد بالعيب ؛ والتحالف ، والإقالة ، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء ، والقرض ، والشركة ، والصلح ، والحجر ، والوكالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والمزارعة ، والقراض ، والعارية ، والوديعة للمشقة العظيمة فى أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه ، ولا يستوفى إلا ممن عليه حقه ، ولا يأخذه إلا بكماله ، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه ، فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير ، بطريق الإجارة أو الإعارة أو القراض ، وبالاستعانة بالغير وكالة ، وإيداعا ، وشركة وقراضا ، ومساقاة ، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة ، وبالتوثق على الدين برهن وضامن وكفيل وحجر ، وبإسقاط بعض الدين صلحا ، أو كله إبراء .

ومن التخفيف : جواز العقود الجائزة ، لأن لزومها يشق ، ويكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللازم ، وإلا لم يستقر بيع ولا غيره .

ومنه : إباحة النظر عند الخطبة ، وللتعليم ، والإشهاد والمعاملة والمعالجة وللسيد .

ومنه : جواز العقد على المنكوحة من غير نظر ، لما فى اشتراطه من المشقة التى لا يحتملها كثير من الناس فى بناتهم وأخواتهم : من نظر كل خاطب ، فناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فإن اشتراط الرؤية فيه لا يفضى إلى عسر ومشقة .

ومنه : إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال وعلى النساء أيضا لكثرتهن ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين فى القسم وغيره .

ومنه : مشروعية الطلاق ، لما فى البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر ، وكذا مشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه ، والرجعة فى العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة فى الخصام والحرج ويشق عليه التزامه ، فشرعت له الرجعة فى تطليقتين : ولم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة والطلاق كما كان ذلك فى أول الإسلام ثم نسخ .

ومنه : مشروعية الإجبار على الوطء أو الطلاق فى المولى .

ومنه : مشروعية الكفارة فى الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين لما فى التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم .

وكذا مشروعية التخيير فى كفارة اليمين لتكرره بخلاف كفارة الظهار والقتل والجماع . لندرة وقوعها ، ولأن المقصود الزجر عنها .

ومشروعية التخيير فى نذر اللجاج : بين ما التزم والكفارة لما فى الالتزام بالمنذور لجاجا من المشقة .

ومنه : مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيرا على هذه الأمة على الجانى والمجنى عليه، وكان فى شرع موسى عليه السلام القصاص متحتما ولا دية .

وفى شرع عيسى عليه السلام الدية ولا قصاص .

ومنه : مشروعية الكتابة ، ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر ، فيرغب السيد الذى لايسمح بالعتق مجانا ، بما يبذل له من النجوم .

ومنه : مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه فى حال الحياة وفسح له فى الثلث دون مازاد عليه دفعا لضرر الورثة ، فحصل التيسير ودفع المشقة فى الجانبين .

ومنه : إسقاط الإثم عن المجتهدين فى الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق وعسر الوصول إليه .

فقد بان بهذا أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه .

السبب السابع : النقص

فإنه نوع من المشقة ، إذا النفوس مجبولة على حب الكمال ، فناسبه التخفيف فى التكليفات.

فمن ذلك : عدم تكليف الصبى ، والمجنون ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال : كالجماعة ، والجمعة ، والجهاد ، والجزية ، وتحمل العقل ، وغير ذلك ، وإباحة لبس

الحرير ، وحلى الذهب ، وعدم تكليف الأرقاء بكثير ، مما على الأحرار ، ككونه على النصف من الحر فى الحدود والعدد ، وغير ذلك مما سيأتى فى الكتاب الرابع .

وهذه فوائد مهمة تختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : فى ضبط المشاق المقتضية للتخفيف .

المشاق على قسمين : مشقة لاتنفك عنها العبادة غالبا ، كمشقة البرد فى الوضوء ، والغسل . ومشقة الصوم فى شدة الحر ، وطول النهار . ومشقة السفر ، التى لاانفكاك للحج والجهاد عنها ، ومشقة ألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل الجناة، فلا أثر لهذه فى إسقاط العبادات فى كل الأوقات.

ومن استثنى من ذلك جواز التيمم للخوف من شدة البرد ، فلم يصب ، لأن المراد أن يخاف من شدة البرد حصول مرض من الأمراض التى تبيح التيمم ، وهذا أمر ينفك عنه الاغتسال فى الغالب ، أما ألم البرد الذى لايخاف معه المرض المذكور ، فلايبيح التيمم بحال . وهو الذى لايبيح الانتقال إلى التيمم .

وأما المشقة التى لاتنفك عنها العبادات غالبا ، فعلى مراتب :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة : كمشقة الخوف على النفوس ، والأطراف ، ومنافع الأعضاء، فهى موجبة للتخفيف والترخيص قطعا ، لأن حفظ النفوس، والأطراف لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات فى عبادة ، أو عبادات يفوت بها أمثالها .

الثانية : مشقة خفيفة لاوقع لها ، كأدنى وجع فى إصبع ، وأدنى صداع فى الرأس ، أو سوء مزاج خفيف . فهذه لا أثر لها ، ولا التفات إليها ، لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع مثل هذه المفسدة التى لا أثر لها .

الثالثة : متوسطة بين هاتين المرتبتين . فما دنا من المرتبة العليا ، أوجب التخفيف ، أو من الدنيا ، لم يوجبه كحمى خفيفة ، ووجع الضرس اليسير ، وما تردد فى إلحاقه بأيهما اختلف فيه ولاضبط لهذه المراتب إلا بالتقرب .

وقد أشار الشيخ عز الدين إلى أن الأولى فى ضبط مشاق العبادات : أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة فى تخفيف تلك العبادة . فإن كانت مثلها ، أو أزيد ، ثبتت الرخصة . ولذلك اعتبر فى مشقة المرض المبيح للفطر فى الصوم : أن يكون كزيادة مشقة الصوم فى السفر عليه فى الحضر . وفى إباحة محظورات الإحرام : أن يحصل بتركها ، مثل مشقة القمل الوارد فيه الرخصة.

وأما أصل الحج ، فلا يكتفى فى تركه بذلك ، بل لابد من مشقة لا يحتمل مثلها ، كالخوف على النفس ، والمال ، وعدم الزاد والراحلة .

وفى إباحة ترك القيام إلى القعود : أن يحصل به مايشوش الخشوع ، وإلى الاضطجاع أشق ، لأنه مناف لتعظيم العبادات . بخلاف القعود ، فإنه مباح بلا عذر . كما فى التشهد . فلم يشترط فيه العجز بالكلية .

وكذلك اكتفى فى إباحة النظر إلى الوجه والكفين بأصل الحاجة . واشترط فى سائر الأعضاء تأكدها . وضبطه الإمام بالقدر الذى يجوز الانتقال معه إلى التيمم ، واشترط فى السوأتين مزيد التأكيد ، وضبطه الغزالى بما لا يعد التكشف بسببه هتكا للمروءة ، ويعذر فيه فى العادة .

تنبيه : من المشكل على هذا الضابط : التيمم . فإنهم اشترطوا فى المرض المبيح له : أن يخاف معه تلف نفس ، أو عضو . أو منفعته ، أو حدوث مرض مخوف ، أو بطء البرء ، أو شين فاحش . فى عضو ظاهر ، ومشقة السفر دون ذلك بكثير .

قال العلائى : ولعل الفارق بين السفر والمرض : أن المقصود أن لا ينقطع المسافر عن رفقته ، ولا يحصل له مايعوق عليه التقلب فى السفر بالمعايش ، فاغتفر فيه أخف مما يلحق المريض . أشار إلى ذلك إمام الحرمين .

وأشكل من هذا : أنهم لم يوجبوا شراء الماء بزيادة يسيرة على ثمن المثل ، وجوزوا التيمم ومنعوه فيما إذا خاف شينا فاحشا فى عضو باطن ، مع أن ضرره أشد من ضرر بذل الزيادة اليسيرة جدا ، خصوصا إذا كان رقيقا ، فإنه ينقص بذلك قيمته أضعاف قدر الزيادة المذكورة ، وقد استشكاله الشيخ عز الدين وغيره ، ولا جواب عنه .

تنبيه : ضبط فى الروضة ، وأصلها ، نقلا عن الأصحاب : المرض المبيح للفطر ، ولأكل الميتة : بالمبيح للتيمم .

الفائدة الثانية

قال الشيخ عز الدين : تخفيفات الشرع ستة أنواع :

الأول : تخفيف إسقاط ، كإسقاط الجمعة ، والحج ، والعمرة ، والجهاد : بالأعذار .

الثانى : تخفيف تنقيص ، كالقصر .

الثالث : تخفيف إبدال ، كإبدال الوضوء والغسل ، بالتيمم ، والقيام فى الصلاة بالقعود والاضطجاع ، أو الإيماء ، والصيام بالإطعام.

الرابع : تخفيف تقديم ، كالجمع ، وتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر فى رمضان ، والكفارة على الحنث .

الخامس : تخفيف تأخير ، كالجمع . وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة فى حق مشتغل بإنقاذ غريق ، أو نحوه من الأعذار الآتية .

السادس : تخفيف ترخيص ، كصلاة المستجمر ، مع بقية النجو ، وشرب الخمر للغصة ، وأكل النجاسة للتداوى ، ونحو ذلك .

واستدرك العلائى سابعا ، وهو : تخفيف تغيير ، كتغيير نظم الصلاة فى الخوف .

الفائدة الثالثة

الرخص أقسام :

مايجب فعلها ، كأكل الميتة للمضطر ، والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيما صحيحا ، وإساغة الغصة بالخمر .

ومايندب ، كالقصر فى السفر والفطر لمن يشق عليه الصوم فى سفر ، أو مرض ، والإبراد بالظهر ، والنظر إلى المخطوبة .

ومايباح ، كالسلم .

وماالأولى تركها : كالمسح على الخف ، والجمع والفطر لمن لايتضرر ، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل ، وهو قادر عليه .

وما يكره فعلها ، كالقصر فى أقل من ثلاث مراحل .

الفائدة الرابعة

تعاطى سبب الرخصة ، لقصد الترخيص فقط ، هل يبيحه ؟ فيه صور تقدمت فى أواخر القاعدة الأولى .

الفائدة الخامسة

يعنى هذه القاعدة : قول الشافعى رضى الله عنه : (إذا ضاق الأمر اتسع) . وقد أجاب بها فى ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما إذا فقدت المرأة وليها فى سفر ، فولت أمرها رجلا يجوز .

قال يونس بن عبد الأعلى : فقلت له : كيف هذا ؟ . قال : إذا ضاق الأمر اتسع .

الثانى : فى أوانى الخزف المعمولة بالسرجين ؟ أيجوز الوضوء منها ؟ فقال : إذا ضاق الأمر اتسع ، حكاه فى البحر .

الثالث : حكى بعض شراح المختصر أن الشافعى ، سئل عن الذباب يجلس على غائط ثم يقع على الثوب ، فقال : إن كان فى طيرانه مايجف فيه رجلاه ، وإلا فالشىء إذا ضاق اتسع .

ولهم عكس هذه القاعدة : إذا اتسع الأمر ضاق .

قال ابن أبى هريرة فى تعليقه : وضعت الأشياء فى الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت وإذا اتسعت ضاقت .

ألا ترى أن قليل العمل فى الصلاة لما اضطر إليه ، سومح به ، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به . وكذلك قليل البراغيث وكثيره .

وجمع الغزالى فى الإحياء بين القاعدتين بقوله : كل ماتجاوز عن حده انعكس إلى ضده .

ونظير هاتين القاعدتين فى التعاكس قولهم : يغتفر فى الدوام مالايغتفر فى الابتداء، وقولهم : يغتفر فى الابتداء مالا يغتفر فى الدوام ، وسيأتى ذكر فروعها .

القاعدة الرابعة : الضرر يزال

أصلها قوله ﷺ « لاضرر ولاضرار » .

أخرجه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلا . وأخرجه الحاكم فى المستدرك والبيهقى ، والدارقطنى ، من حديث أبى سعيد الخدرى . وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس ، وعبادة بن الصامت .

اعلم أن هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه .

من ذلك : الرد بالعيب ، وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط ، والتعزير ،

وإفلاس المشترى ، وغير ذلك . والحجر بأنواعه ، والشفعة ، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة. والقصاص، والحدود، والكفارات ، وضمان المتلف ، والقسمة ، ونصب الأئمة ، والقضاة ، ودفع الصائل ، وقتال المشركين ، والبغاة ، وفسخ النكاح بالعيوب ، أوالإعسار ، أوغيرذلك. وهى مع القاعدة التى قبلها متحدة ، أو متداخلة .

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد :

الأولى : الضرورات تبيح المحظورات ، بشرط عدم نقصانها عنها .

ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة ، وإساغة اللقمة بالخمر ، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا إتلاف المال ، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ، ولو أدى إلى قتله ، ولوعم الحرام قطرا ، بحيث لايوجد فيه حلال إلا نادرا . فإنه يجوز استعمال مايحتاج إليه ولايقتصر على الضرورة .

قال الإمام : ولا يرتقى إلى التبسط ، وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة .

قال ابن عبد السلام : وفرض المسألة : أن يتوقع معرفة صاحب المال فى المستقبل . فأما عند اليأس فالمال حينئذ للمصالح ، لأن من جملة أموال بيت المال : ماجهل مالكه .

ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، والظفر بهم ، وكذا الحيوان الذى يقاتلون عليه ، ونبش الميت بعد دفنه للضرورة . بأن دفن بلاغسل ، أولغير القبلة أو فى أرض ، أوثوب مغصوب . وغصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم .

وقولنا : « بشرط عدم نقصانها عنها » ليخرج مالو كان الميت نبيا . فإنه لايحل أكله للمضطر لأن حرمته أعظم فى نظر الشرع من مهجة المضطر . ومالو أكره على القتل أوالزنا ، فلايباح واحد منهما بالإكراه لمافيهما من المفسدة التى تقابل حفظ مهجة المكره ، أوتزيد عليها . ومالو دفن بلاتكفين فلا ينبش ، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذى قام الستر بالتراب مقامه .

الثانية : ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها .

ومن فروعه :

المضطر : لايأكل من الميتة ، إلا قدر سد الرمق . ومن استشير فى خاطب ، واكتفى بالتعريض كقوله : لايصلح لك . لم يعدل إلى التصريح . ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم.

ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف . والطعام فى دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لأنه أبيح للضرورة ، فإذا وصل عمران الإسلام امتنع ، ومن معه بقية ردها .

ويعفى : عن محل استجماره . ولو حمل مستجمرا فى الصلاة بطلت . ويعفى عن الطحلب فى الماء ، فلو أخذ ورق ، وطرح فيه وغيره ضر .

ويعفى عن ميت لا نفس له سائلة ، فإن طرح ضر .

ولو فصد أجنبى امرأة : وجب أن تستر جميع ساعدها ، ولا يكشف إلا مالا بد منه للفصد.

والجبيرة يجب أن لا تستر من الصحيح إلا مالا بد منه للاستمساك .

والمجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة ، لاندفاع الحاجة بها .

وإذا قلنا : يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع فى مكان واحد لم يجز إلا بقدر مايندفع فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة . صرح به الإمام . وجزم به السبكى والإسنوى .

ومن جاز له اقتناء الكلب للصيد لم يجز له أن يقتنى زيادة على القدر الذى يصطاد به ، صرح به بعضهم ، وخرجه فى الخادم على هذه القاعدة .

تنبيه : خرج عن الأصل صور :

منها : العرايا فإنها أبيحت للفقراء ، ثم جازت للأغنياء فى الأصح .

ومنها : الخلع ، فإنه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ، ثم جاز مع الأجنبى .

ومنها : اللعان . جوز حيث تعسر إقامة البينة على زناها ، ثم جاز حيث يمكن على الأصح .

فائدة : قال بعضهم : المراتب خمسة : ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة وزينة ، وفضول .

فالضرورة : بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك ، أو قارب . وهذا يبيح تناول الحرام.

والحاجة : كالجائع الذى لو لم يجد ما يأكله لم يهلك . غير أنه يكون فى جهد ومشقة .وهذا لا يبيح الحرام ، ويبيح الفطر فى الصوم .

والمنفعة : كالذى يشتهى خبز البر ، ولحم الغنم والطعام الدسم .

والزينة : كالمشتهى الحلوى ، والسكر ، والثوب المنسوج من حرير ، وكتان .

والفضول : التوسع بأكل الحرام ، والشبهة .

تذنيب : قريب من هذه القاعدة : ماجاز لعذر بطل بزواله كالتيمم يبطل بوجود الماء قبل

ونظيره : الشهادة على الشهادة لمرض ، ونحوه . يبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم .

الثالثة

الضرر : لا يزال بالضرر

قال ابن السبكي : وهو كعائد يعود على قولهم « الضرر يزال ، ولكن لا بضرر » فشأنهما شأن الأخص مع الأعم . بل هما سواء ، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق « الضرر يزال » .

ومن فروع هذه القاعدة .

عدم وجوب العمارة على الشريك فى الجديد ، وعدم إجبار الجار على وضع الجذوع وعدم إجبار السيد على نكاح العبد والأمة التى لا تحل له .

ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، إلا أن يكون نبيا ، فإنه يجوز له أخذه ، ويجب على من معه بذله له ، ولا قطع فلذة من فخذه ؛ ولا قتل ولده ، أو عبده ، ولا قطع فلذة من نفسه : إن كان الخوف من القطع ، كالخوف من ترك الأكل ، أو أكثر . وكذا قطع السلعة المخوفة .

ولو مال حائط إلى الشارع ، أو ملك غيره لم يجب إصلاحه .

ولو سقطت جرة ، ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها فى الأصح .

ولو وقع دينار فى محبرة ، ولم يخرج إلا بكسرها . كسرت . وعلى صاحبه الأرش . فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شىء .

ولو أدخلت بهيمة رأسها فى قدر ، ولم يخرج إلا بكسرها ، فإن كان صاحبها معها ، فهو مفرط بترك الحفظ ، فإن كانت غير مأكولة . كسرت القدر ، وعليه أرش النقص ، أو مأكولة ، ففى ذبحها وجهان . وإن لم يكن معها ، فإن فرط صاحب القدر . كسرت ، ولا أرش ، وإلا فله الأرش .

ولو التقت دابتان على شاهق ، ولم يمكن تخليص واحدة إلا بإتلاف الأخرى ، لم يفت واحد منهما ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلص دابته ضمن .

ولو سقط على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره ، فقيل : يستمر . لأن الضرر لا يزال بالضرر ، وقيل : يتخير للاستواء . وقال الإمام : لا حكم فيه فى هذه المسألة .

ولو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها ، فليس له الوطء .

ولو رهن المفلس المبيع ، أو غرس ، أو بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع فى صورة صحة الرهن . لأن فيه إضرارا بالمرتهن ، ولا فى صورة الغرس ، ويبقى الغرس والبناء للمفلس لأنه ينقص قيمتها ، ويضر بالمفلس والغرماء .

تنبيه: قال ابن السبكى ، يستثنى من ذلك : مالو كان أحدهما أعظم ضررا .

وعبارة ابن الكتانى : لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما . ولهذا شرع القصاص ، والحدود وقتال البغاة ، وقاطع الطريق ، ودفع الصائل ، والشفعة ، والفسخ بعيب المبيع والنكاح ، والإعسار ، والإجبار على قضاء الديون ، والنفقة الواجبة ، ومسألة الظفر ، وأخذ المضطر طعام غيره ، وقتاله عليه ، وقطع شجرة الغير إذا حصلت فى هواء داره ؛ وشق بطن الميت إذا بلع مالا ، أو كان فى بطنها ولد ترجى حياته . ورمى الكفار إذا تترسوا لنساء وصبيان ، أو بأسرى المسلمين .

ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقى لآخر ، وطلب صاحب الأكثر القسمة . أجيب فى الأصح ، وإن كان فيه ضرر شريكه .

ولو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة بهم . جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره . لأن مفسدة بقائهم فى أيديهم ، واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال .

والخلع فى الحيض لايحرم ، لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها

ولو وقع فى نار تحرقه ، ولم يخلص إلا بماء يغرقه ؛ ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار ، فله الانتقال إليه فى الأصح .

ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب . فالأصح أنه يأكل الميتة . لأنها مباحة بالنص وطعام الغير بالاجتهاد .

أو المحرم ميتة وصيدا . فالأصح كذلك . لأنه يرتكب فى الصيد محظورين : القتل والأكل .

ونشأ من ذلك قاعدة رابعة ، وهى « إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما » .

ونظيرها : قاعدة خامسة ، وهى « درء المفاسد أولى من جلب المصالح » . فإذا تعارض مفسدة ومصلحة ؛ قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه ».

ومن ثم سومح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة . كالقيام فى الصلاة والفطر . والطهارة ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات . وخصوصا الكبائر .

ومن فروع ذلك :

المبالغة فى المضمضة والاستنشاق مسنونة . وتكره للصائم .

تخليل الشعر سنة فى الطهارة ، ويكره للمحرم .

وقد يراعى المصلحة ، لغلبتها على المفسدة .

من ذلك : الصلاة ، مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، والستر ، والاستقبال فإن فى كل ذلك مفسدة . لما فيه من الإخلال بجلال الله فى أن يناجى إلا على أكمل الأحوال . ومتى تعذر شىء من ذلك جازت الصلاة بدونه ، تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة .

ومنه : الكذب مفسدة محرمة . ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز : كالكذب للإصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لإصلاحها .

وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين فى الحقيقة .

القاعدة الخامسة

الحاجة : تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت ، أو خاصة

من الأولى : مشروعية الإجارة ، والجعالة ، والحوالة ، ونحوها ، جوزت على خلاف القياس لما فى الأولى من ورود العقد على منافع معدومة . وفى الثانية من الجهالة : وفى الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة .

ومنها : ضمان الدرك جوز على خلاف القياس . إذ البائع إذا باع ملك نفسه ، ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه ، حتى يضمن . ولكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا .

ومنها : مسألة الصلح وإباحة النظر ، للمعاملة ، ونحوها ، وغير ذلك ،

ومن الثانية : تضبيب الإناء بالفضة : يجوز للحاجة . ولا يعتبر العجز عن غير الفضة لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعا . بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب ، سوى التزيين ، كإصلاح موضع الكسر ، والشد ، والتوثق .

ومنها : الأكل من الغنيمة في دار الحرب ، جائز للحاجة . ولا يشترط للآكل أن لا يكون معه غيره .

تنبيه : من المشكل قول المنهاج : ويباح النظر لتعليم ، مع قولهم في الصداق : ولو أصدقها تعليم قرآن ، فطلق قبله ، تعذر تعليمه في الأصح .

وأجاب السبكي : بأنه إنما تعذر ، لأن القرآن ، وإن أمكن تنصيفه من جهة الحروف ، والكلمات ، لكنه يختلف سهولة ، وصعوبة ، وتابعه في المهمات . فقال لأن القيام بتعليم نصف مشاع ، لا يمكن . والقول باستحقاق نصف معين : تحكم ، لا دليل عليه . ويؤدي إلى النزاع فإن السورة الواحدة مختلفة الآيات ، في الطول ، والقصر ، والصعوبة ، والسهولة ، فتعين البدل.

واعترض هذا الجواب ، بأنه خاص بالطلاق ، قبل الدخول ، وقد صرحوا بتعذر التعليم ، ولو طلق بعد الدخول ، والمستحق بعد الدخول : تعليم الكل .

وأجاب الشيخ الإمام جلال الدين المحلي ؛ في شرح المنهاج : بأن ما ذكره النووي من إباحة النظر للتعليم ، تفرد به ، وهو خاص بالأمرد ، لأنه لما حرم النظر إليه مطلقا ، ولو بلا شهوة استشعر أن يورد عليه أن الأمرد يحتاج إلى مخالطة الرجال للتعليم ، ويشق عليه الاحتجاب والتستر . ومازال السلف ، والعلماء على مخالطة المرد ، ومجالستهم وتعليمهم فاستثنى النظر للتعليم ، لذلك.

وأما المرأة : فلا تحتاج إلى التعليم ، كاحتياج الأمرد .

وأما الواجبات : فلا تعدم من يعلمها إياها : من محرم ، أو زوج ، أو غيره ، من وراء حجاب .

وكان شيخنا قاضي القضاة شرف الدين المناوي يأبى هذا الجواب ، ويقول بعموم الإباحة للمرأة أيضا ؛ ويجيب عن مسئلة الصداق : بأن المطلقة امتدت إليها الأطماع ، فناسب أن لا يؤذن في النظر إليها ، بخلاف غيرها .

والتحقيق ما قاله الشيخ جلال الدين .

وقد أشار إلى نحو ما قاله السبكي ، فقال : قد كشفت كتب المذهب ، فإنما يظهر منها جواز النظر للتعليم ، فيما يجب تعلمه وتعليمه ؛ كالفاتحة ؛ وما يتعين من الصنائع ، بشرط التعذر ، من وراء حجاب . وأما غير ذلك ؛ فإن كلامهم يقتضي المنع ، ثم استشهد بالمذكور في الصداق .

القاعدة السادسة

العادة محكمة

قال القاضي : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» .

قال العلائي : ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ؛ ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف ، والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد في مسنده .

اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه ، في مسائل لا تعد كثرة .

فمن ذلك : سن الحيض ، والبلوغ ، والإنزال ، وأقل الحيض . والنفاس . والطهر وغالبها وأكثرها . وضابط القلة ، والكثرة في الضبة ، والأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان ، وقصره في موالاة الوضوء ، في وجه ، والبناء على الصلاة في الجمع والخطبة ، والجمعة ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ، ورده ، والتأخير المانع من الرد بالعيب ، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول ، والأنهار المملوكة ، إقامة له مقام الإذن اللفظي ، وتناول الثمار الساقطة ، وفي إحراز المال المسروق ، وفي المعاطاة على ما اختاره النووي وفي عمل الصناع على ما استحسنه الرافعي وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب ، والحبر ، والخيط ، والكحل . على من جرت العادة بكونها عليه . وفي الاستيلاء في الغصب . وفي رد ظرف الهدية وعدمه وفي وزن أو كيل ، ماجهل حاله في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع . وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا .

ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك ، اعتبرت العادة في الأصح .

وفي صوم يوم الشك ، لمن له عادة ، وفي قبول القاضي الهدية ممن له عادة ، وفي القبض والإقباض ، ودخول الحمام ، ودور القضاة ، والولاة ، والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفي المسابقة ، والمناضلة ، إذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل المطلق عليها ، وفيما إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ، ولم يجر بينهما شرط . فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط . وفي ألفاظ الواقف ، والموصي ، وفي الأيمان ، وسيأتي ذكر أمثلة من ذلك .

ويتعلق بهذه القاعدة مباحث :

الأول : فيما تثبت به العادة .

وفى ذلك فروع :

أحدها : الحيض . قال الإمام والغزالى وغيرهما : العادة فى باب الحيض أربعة أقسام :

أحدها : ما تثبت فيه بمرة بلا خلاف . وهو الاستحاضة . لأنها علة مزمنة . فإذا وقعت، فالظاهر دوامها ، وسواء فى ذلك المبتدأة ، والمعتادة ، والمتحيرة .

الثانى : مالا يثبت فيه بالمرة ، ولا بالمرات المتكررة ، بلا خلاف ، وهى المستحاضة إذا انقطع دمها . فرأت يوما دما ويوما نقاء . واستمر لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على لون واحد ، فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم . بلا خلاف . وإن قلنا باللقط . بل نحيضها بما كنا نجعله حيضا بالتلفيق ، وكذا لو ولدت مرارا ولم تر نفاسا . ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوما . فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها ، بلاخلاف بل هذه مبتدأة فى النفاس .

الثالث : مالا يثبت بمرة ، ولا بمرات ، على الأصح ، وهو التوقف عن الصلاة ، ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوما دما ويوما نقاء .

الرابع : مايثبت بالثلاث . وفى ثبوته بالمرة والمرتين خلاف ، والأصح الثبوت ، وهو قدر الحيض والطهر .

الثانى : الجارحة فى الصيد لابدمن تكرار يغلب على الظن أنه عادة ، ولا يكفى مرة واحدة قطعا ، وفى المرتين والثلاث خلاف .

والثالث : القائف لاخلاف فى اشتراط التكرار فيه ، وهل يكتفى بمرتين ، أولابد من ثلاث ؟ وجهان . رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث

وقال إمام الحرمين : لابد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف .

الرابع : اختبار الصبى قبل البلوغ بالماكسة ، قالوا : يختبر مرتين ، فصاعدا ، حتى يغلب على الظن رشده .

الخامس : عيوب البيع ، فالزنا يثبت الرد بمرة واحدة . لأن تهمة الزنا لاتزول ، وإن تاب . ولذلك لايحد قاذفه . والإباق كذلك .

قال القاضى حسين وغيره : يكفى المرة الواحدة منه فى يد البائع . وإن لم يأبق فى يد المشترى.
قال الرافعى : والسرقة قريب من هذين . وأما البول فى الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه .

والسادس : العادة فى صوم يوم الشك ، كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس فصادف يوم الشك أحدهما ، بماذا تثبت العادة ؟

قال الشيخ تاج الدين السبكى : لم أر فيه نقلا . وقال الإمام فى الخادم : لم يتعرضوا لضابط العادة . فيحتمل ثبوتها بمرة ، أو بقدر يعد فى العرف متكررا .

السابع : العادة فى الإهداء للقاضى قبل الولاية . قال ابن السبكى : لم أر فيه نقلا بماذا تثبت به .

قال : وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة ولذلك عبر الرافعى بقوله : تعهد منه الهدية . والعهد صادق بمرة .

الثامن : العادة فى تجديد الطهر لمن يتيقن طهرا وحدثا . وكان قبلهما متطهرا . فإنه يأخذ بالضد ، إن اعتاد التجديد ، وبالمثل إن لم يعتده .

لم يبينوا ، بم تثبت به العادة ؟ .

لكن ذكر السبكى فى شرح المنهاج : أن من ثبتت له عادة محققة ، كمن اعتاده ، فيأخذ بالضد . وظاهر هذا الاكتفاء فيه بالمرة ونحوها .

التاسع : إنما يستدل بحيض الخنثى وإمنائه على الأنوثة ، والذكورة . بشرط التكرار ليتأكد الظن ، ويندفع توهم كونه اتفاقيا . قال الإسنوى : وجزم فى التهذيب ، بأنه لا يكفى مرتان . بل لابد أن يصير عادة .

قال : ونظير التحاقه بتاقيل فى كلب الصيد .

المبحث الثانى

إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا . وإن تعارضت الظنون فى اعتبارها فخلاف .

قال الإمام ، فى باب الأصول والثمار : كل ما يتضح فيه اطراد العادة ، فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا . وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه . فهو مثار الخلاف . انتهى .

وفى ذلك فروع :

منها : باع شيئا بدراهم وأطلق . نزل على النقد الغالب . فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان ، وإلا يبطل البيع .

ومنها : غلبت المعاملة بجنس من العروض ، أو نوع منه . انصرف الثمن إليه عند الإطلاق فى الأصح . كالنقد .

ومنها : استأجر للخياطة ، والنسخ ، والكحل ، فالخيط ، والحبر ، والكحل على من ؟ خلاف ، صحح الرافعى فى الشرح الرجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطربت وجب البيان ، وإلا فتبطل الإجارة .

ومنها : البطالة فى المدارس ، سئل عنها ابن الصلاح ، فأجاب بأن ماوقع منها فى رمضان ونصف شعبان لايمنع من الاستحقاق . حيث لانص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال فى المدة المذكورة ، ومايقع منها قبلهما يمنع . لأنه ليس فيها عرف مستمر . ولا وجود لها قطعا فى أكثر المدارس ، والأماكن . فإن سبق بها عرف فى بعض البلاد واشتهر غير مضطرب . فيجرى فيها فى ذلك البلد الخلاف : فى أن العرف الخاص هل ينزل فى التأثير منزلة العرف العام. والظاهر تنزيله فى أهله بتلك المنزلة ، انتهى .

ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولايعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث ، الذى هو معرفة المصطلح ، كمختصر ابن الصلاح ، ونحوه ، أويقرأ متن الحديثين؟ كالبخارى ، ومسلم ، ونحوهما ، ويتكلم على ما فى الحديث : من فقه ، وغريب ، ولغة ، ومشكل ، واختلاف ، كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط المدرسة الشيخونية ، كما رأيته فى شرط واقفها .

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقى عن ذلك .

فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون فى الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث ، كالشيخ المدرس فى بعض الأوقات بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم فى هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب مايقرأ فيه من الحديث.

فصل

فى تعارض العرف مع الشرع

هو نوعان :

أحدهما : أن لايتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال .

فلو حلف لايأكل لحما ، لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحما .

أولا يجلس على بساط أوتحت سقف أوفى ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض

وإن سماها الله بساطا ، ولا تحت السماء ، وإن سماها الله سقفا ، ولا فى الشمس ، وإن سماها الله سراجا .

أو لا يضع رأسه على وتد ، لم يحنث بوضعها على جبل .

أو لا يأكل ميتة أودما ، لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال فقدم العرف فى جميع ذلك ، لأنها استعملت فى الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف .

والثانى : أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال .

فلو حلف لا يصلى ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء .

أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، وعلمت به ، طلقت ، حملا له على الشرع فإنها فيه بمعنى العلم لقوله « إذا رأيتموه فصوموا » .

ولو كان اللفظ يقتضى العموم ، والشرع يقتضى التخصيص ، اعتبر خصوص الشرع فى الأصح .

فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالميتة ، أو لا يطأ لم يحنث بالوطء فى الدبر على ما رجحه فى كتاب الأيمان ، أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث ، أو حلف لا يشرب ماء ، لم يحنث بالمتغير كثيرا بزعفران ونحوه .

فصل

فى تعارض العرف مع اللغة

حكى صاحب الكافى وجهين فى المقدم .

أحدهما ـ وإليه ذهب القاضى حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى .

والثانى ـ وعليه البغوى : الدلالة العرفية لأن العرف يحكم فى التصرفات سيما فى الأيمان .

قال : فلو دخل دار صديقه ، فقدم إليه طعاما فامتنع . فقال إن لم تأكل فامرأتى طالق فخرج ولم يأكل ، ثم قدم اليوم الثانى ، فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث وعلى الثانى يحنث ، انتهى .

وقال الرافعى فى الطلاق إن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل

إلى الوضع ، والإمام والغزالي يريان اعتبار العرف وقال فى الأيمان مامعناه إن عمت اللغة قدمت على العرف .

وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه ألبتة ، فالمعتبر اللغة ، وإن كان له فيه استعمال ، ففيه خلاف وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا ، قدم العرف .

ومن الفروع المخرجة على ذلك :

حلف لايسكن بيتا ، فإن كان بدويا حنث بالمبنى وغيره ، لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة لأن الكل يسمونه بيتا ، وإن كان من أهل القرى : فوجهان ، بناء على الأصل المذكور إن اعتبرنا العرف لم يحنث والأصح الحنث .

ومنها : حلف لايشرب ماء حنث بالمالح ، وإن لم يعتد شربه ، اعتبارا بالإطلاق، والاستعمال اللغوى :

ومنها : حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز ، وإن كان من قوم لايتعارفون ذلك لإطلاق الاسم عليه لغة .

ومنها : قال أعطوه بعيرا ، لايعطى ناقة على المنصوص ، وقال ابن شريح : نعم . لاندراجه فيها لغة .

ومنها ، قال أعطوه دابة ، أعطى فرسا أو بغلا أو حمارا على المنصوص ، لا الإبل والبقر ، إذ لايطلق عليها عرفا وإن كان يطلق عليها لغة ، وقال ابن شريح : إن كان ذلك فى غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس .

ومنها : حلف لايأكل البيض أو الرءوس ؛ لم يحنث ببيض السمك والجراد ، ولا برءوس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليها عرفا .

ومنها ، قال زوجتى طالق ، لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف ، وإن كان وضع اللغة يقتضى ذلك ، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم وكذلك قوله : الطلاق يلزمنى لايحمل على الثلاث وإن كانت الألف واللام للعموم .

ومنها : أوصى للقراء ، فهل يدخل من لايحفظ ويقرأ فى المصحف ، أولا ؟ وجهان ينظر فى أحدهما إلى الوضع ، وفى الثانى إلى العرف وهو الأظهر .

ومنها : أوصى للفقهاء ، فهل يدخل الخلافيون المناظرون ، قال فى الكافى : يحتمل وجهين، لتعارض العرف والحقيقة .

تنبيه : قال الشيخ أبو زيد : لا أدرى ماذابنى الشافعى مسائل الأيمان ، إن اتبع اللغة فمن حلف : لا يأكل الرءوس ، فينبغى أن يحنث برءوس الطير ، والسمك وإن اتبع العرف ، فأهل القرى لا يعدون الخيام بيوتا .

قال الرافعى : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان : البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

تنبيه : إنما يتجاذب الوضع والعرف فى العربى ، أما الأعجمى فيعتبر عرفه قطعا ، إذ لا وضع يحمل عليه .

فلو حلف على البيت بالفارسية ، لم يحنث ببيت الشعر ، ولو أوصى لأقاربه لم يدخل قرابة الأم فى وصية العرب ، ويدخل فى وصية العجم .

ولو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، قال القفال إن علق بالعجمية حمل على المعاينة . سواء فيه البصير والأعمى .

قال : والعرف الشرعى فى حمل الرؤية على العلم ، لم يثبت إلا فى اللغة العربية ، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين .

ولو حلف لا يدخل دار زيد ، فدخل ما سكنه بإجارة لم يحنث . وقال القاضى حسين : إن حلف على ذلك بالفارسية ، حمل على المسكن .

قال الرافعى : ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين .

فصل

فى تعارض العرف العام والخاص

والضابط : أنه إن كان الخصوص محصورا لم يؤثر ، كما لو كانت عادة امرأة فى الحيض أقل مما استقر من عادات النساء ، ردت إلى الغالب فى الأصح وقيل : تعتبر عادتها ، وإن كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهارا فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام فى العكس ؟ وجهان ، الأصح : نعم :

ولو أقر بألف مطلقة فى بلد دراهمه ناقصة ، لزمه الناقصة فى الأصح وقيل يلزمه وافية لعرف الشرع ولا خلاف أنه لو اشترى بألف فى هـــذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة والغالب : أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار .

ومن الفروع المخرجة على هذا الأصل ماسبق فى مسألة البطالة ، فإذا استمر عرف بها فى أشهر مخصوصة حمل عليه ماوقف بعد ذلك لاما وقف قبل هذه العادة .

ومنها : كسوة الكعبة . نقل الرافعى عن ابن عبـــدان أنه منع من بيعها وشرائها وقال ابن الصلاح : الأمر فيها إلى رأى الإمام ؛ واستحسنه النووى . وقال العلائى وغيره الذى يقتضيه القياس أن العادة استمرت بأنها تبدل كل سنة وتؤخذ تلك العتيقة فيتصرف فيها بيعا وغيره ، ويقرهم الأئمة على ذلك فى كل عصر فلا تردد فى جوازه .

وأما بعد ما اتفق فى هذا القرن : من وقف الإمام ضيعةمعينة على أن يصرف ريعها فى كسوة الكعبة ، فلا يتردد فى جواز ذلك لأن الوقف بعد استقرار هذه العادة والعلم بها فينزل لفظ الوقف عليها .

ومنها : الأوقاف القديمة المشروط نظرها للحاكم ، وكان الحاكم إذ ذاك شافعيا ثم إن الملك الظاهر أحدث القضاة الأربعة ، سنة أربع وستين وستمائة ، فما كان موقوفا قبل ذلك اختص نظره بالشافعى فلا يشاركه غيره ، وما أطلق من النظر بعد ذلك فمحمول عليه أيضا لأن أهل العرف غالبا لايفهمون من إطلاق الحاكم غير الشافعى .

قال السبكى فى فتاويه : ذكر الشيخ برهان الدين بن الفركاح قال : وقفت على فتيا صورتها : أنه جعل النظر لحاكم دمشق وكان حينئذ فى دمشق حاكم واحد على مذهب معين ، ثم ولى السلطان فى دمشق أربعة قضاة ومات القاضى الذى كان موجودا حين الوقف وبعد ذلك ولى القضاة الأربعة ، وأحدهم على مذهب الذى كان حين الوقف أولا .

وقد كتب عليها جماعة . منهم الشيخ زين الدين الفارقى ، والصفى الهندى وآخرون : أنه يختص بذلك الذى هو على مذهب الموجود حين الوقف :

قال السبكى : ومستند ذلك أنه لما حصلت التولية فى زمن الملك الظاهر حصلت لثلاثة مع القاضى الذى كان حين الوقف ، وذلك القاضى لم ينعزل عن نظره ، ولاجعل الثلاثة مزاحمين له فى كل مايستحق ، بل أفرد هو بالأوقاف ، والأيتام والنواب وبيت المال . وجعل الثلاثة

مشاركين فى الباقى ، كأنهم نواب له فى بعض الأشياء ، وفصل الحكومات على مذهبهم ، لافى الأنظار . ثم لما مات ذلك القاضى تولى واحد مكانه على عادته فينتقل إليه كل ما كان بيدالذى قبله ، ولا يشاركه فيه واحد من الثلاثة .

قال : وأيضا فإن قول الواقف : النظر للحاكم إن حمل على العموم اقتضى دخول النواب والعرف بخلافه ، فإنما يحمل على المعهود ، والمعهود هو ذلك الشخص والحمل عليه بعيد . لأنه لايدوم فوجب أن يحمل عليه وعلى من كان مكانه ، فكأنه هو بالنوع ، لا بالشخص والذى ولى معه ليس مكانه ولا هو من نوعه ، وإنما أريد بولايته إقامة من يحكم بذلك المذهب المتجدد، فيما لا يمكن الحاكم المستمر الحكم به ، لكونه خلاف مذهبه ، فلا مدخل للأنظار فى ذلك .

قال : فإن قلت : لوقال : لارأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فالأصح أنه لايتعين ذلك القاضى ، بل قاضى تلك البلد من كان حالة اليمين أو بعدها .

قلت : نعم . وكذا أقول : لايتعين قاضى حالة الوقف ، بل هو أو من تولى مكانه والثلاثة لم يولوا مكانه .

قال : فإن قلت : لوكان حال اليمين فى البلد قاضيان ، بر بالرفع إلى من شاء منهما فقياسه إذا شرط النظر للقاضى . وهناك قاضيان أن يشتركا فيه .

قلت المقصود فى اليمين : الرفع إلى من يغير المنكر ، وكلاهما يغير المنكر فكل منهما يحصل به الغرض ، والمقصود باشتراط النظر فعل مصلحة الوقف ، والاشتراك يؤدى إلى المفسدة باختلاف الآراء ، فوجب الصرف إلى واحد وهو الكبير .

قال : وقد وقع فى بعض الأوقاف وقف بلد على الحرم . وشرط النظر فيه القاضى ، وأطلق ففيه احتمالات :

أحدها : أنه قاضى الحرم .

والثانى : أنه قاضى البلد الموقوفة .

قال : وهذان الاحتمالان يشبهان الوجهين فى أنه إذا كان اليتيم فى بلد وماله فى بلد آخر والأصح عند الرافعى : أن النظر لقاضى بلد اليتيم ، وعند الغزالى أنه لقاضى بلد المال ، فعلى ماقال الرافعى: يكون لقاضى الحرم . والثانى أن يكون لقاضى بلد السلطان ، كما فى اليمين .

فعلى هذا : هل يكون قاضى بلد السلطان الأصلية التى هى مصر ، أو قاضى البلد التى كان السلطان بها حين الوقف .

قال : والذى يترجح أن يكون النظر لقاضى البلد الموقوفة ، لأنه أعرف بمصالحها ، فالظاهر أن الواقف قصده وبه تحصل المصلحة ، لاسيما إذا كان السلطان حين الوقف فيها ،

قلت : الظاهر احتمال رابع ، وهو أن يكون لقاضى البلد التى جرى الوقف بها ، والظاهر أنه مراد السبكى ببلد السلطان بقرينة تشبيهه بمسألة اليتيم ، والله أعلم .

المبحث الخامس

قال الفقهاء : كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ، ولا فى اللغة ، يرجع فيه إلى العرف .

ومثلوه بالحرز فى السرقة والتفرق فى البيع ، والقبض ووقت الحيض وقدره والإحياء والاستيلاء فى الغصب ، والاكتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية ، بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووى وغيره .

وقالوا فى الأيمان : إنها تبنى أولا على اللغة ، ثم على العرف .

وخرجوا عن ذلك فى مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لاضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة .

منها : المعاطاة على أصل المذهب ، لايصح البيع بها ، ولو اعتيدت لاجرم أن النووى قال: المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح فى الشرع اعتبار لفظ . فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ .

ومنها : مسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لايستحقون شيئا ، إذا لم يشرطوه فى الأصح .

ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره أو جلس بين يدى حلاق فحلق رأسه ، أودلاك فدلكه ، أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل .

وأما دخول الحمام فإنه يوجب الأجرة ، وإن لم يجر لها ذكر قطعا لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكوته ، وهناك صاحب المنفعة صرفها .

ومنها : لم يرجعوا فى ضبط موالاة الوضوء وخفة الشعر وكثافته ، للعرف فى الأصح ولا فى ضابط التحذير .

فرع : سئل الغزالى عن اليهودى إذا أجر نفسه مدة معلومة ماحكم السبوت التى تتخللها إذا لم يستثنها ، فإن استثناها فهل تصح الإجارة ، لأنه يؤدى إلى تأخير التسليم عن العقد .

فأجاب : إذا اطرد عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء ، كاستثناء الليل فى عمل لايتولى إلا بالنهار .

وحكمه : أنه لو أنشأ الإجارة فى أول الليل ، مصرحا بالإضافة إلى أول الغد ، لم يصح ؛ وإن أطلق صح ، وإن كان الحـــال يقتضى تأخير العمل ، كما لو أجر أرضا للزراعة فى وقت لايتصور المبادرة إلى زرعها ، أو أجر دارا مشحونة بالأمتعة ، لاتفرغ إلا فى يوم أو يومين ، انتهى .

وقد نقله عنه الرافعى والنووى ، ولم ينقلاه عن غيره .

قال السبكى : ولا ينبغى أن يؤخذ مسلما ، بل ينظر فيه .

قال : وقد سئل عنه قاضى القضاة أبو بكر الشامى فقال : يجبر على العمل فيها لأن الاعتبار بشرعنا فى ذلك ، فذكر له كلام الغزالى فقال : ليس بصحيح .

ثم قال : يحتمل أن يقال ذلك ، ويستثنى بالعرف .

قال السبكى : وكلام الغزالى متين وقويم ، وفيه فوائد ، وهو أولى من قول أبى بكر الشامى ، لأن العرف وإن لم يكن عاما ، لـكنه موجود فيه فينزل منزلة العرف فى أوقات الراحة ونحوها .

قال : وقوله إذا اطرد عرفهم بذلك ، فينبغى أن يحمل على عرف المستأجر والمؤجر جميعا، سواء كان المستأجر مسلما أم لا ، فلو كان عرف اليهود مطردا بذلك ، ولـكن المستأجر المسلم لم يعرف ذلك ، لم يكن إطلاق العقد فى حقه منزلا منزلة الاستثناء والقول قول المسلم فى ذلك إذا لم يكن من أهل تلك البلدة ، ولم يعلم من حاله مايقتضى معرفته بذلك العرف .

وحينئذ هل يقول العقد باطل ، أو يصح ويثبت له الخيار أو يلزم اليهودى بالعمل ؟ فيه نظر ، والأقرب الثالث ، لأن اليهودى مفرط بالإطلاق مع من ليس من أهل العرف .

قال : وإذا اقتضى الحال استثناءها ، وأسلم الذمى فى مدة الإجارة ، وأتى عليه بعد إسلامه يوم سبت ، وجب العمل فيه لأنا نقول عند الاستثناء أنه خارج عن عقد الإجارة ؛ فإنه لو كان كذلك لجرى فى الإجارة خلاف ، كإجارة العقب ولجاز له أن يؤجر نفسه يوم السبت لآخر ، وتجويز ذلك بعيد ، فإنه يلزم منه عقد الإجارة على العين لشخصين على الكمال ، فى مدة واحدة، وكلام الفقهاء يأباه ، وصرحوا بأنه إذا ورد عقد على عين لايجوز أن يعقد عليها مثله .

وهكذا نقول فى استثناء أوقات الصلوات ونحوها ليس معناه أن تلك الأوقات متخللة بين أزمان الإجارة ، كإجارة العقب ، بل يقول فى كل ذلك إن منفعة ذلك الشخص فى جميع تلك المدة مستحقة للمستأجر ، مملوكة بمقتضى العقد ومع هذا يجب عليه توفيره من العمل فى تلك الأوقات ، كما أن السيد يستحق منفعة عبده فى جميع الأوقات ومع ذلك يجب توفيره فى أوقات الصلوات والراحة بالليل ونحوها .

فهذا هو معنى الاستثناء ، وهو استثناء من الاستيفاء ، لامن الاستحقاق .

وإن شئت قلت : من استيفاء المملوك، لامن الملك ؛ وإن شئت قلت : العقد مقتض لاستحقاقها، ولكن منع مانع فاستثناها .

وحينئذ فالسبوت داخلة فى الإجارة وملك المستأجر منفعته فيها وإنما امتنع عليه الاستيفاء لأمر عرفى مشروط ببقاء اليهودية ، فإذا أسلم لم يبق مانع والاستحقاق ثابت لعموم العقد ، فيستوفيه ، ويجب عليه بعدما أسلم أن يؤدى الصلوات فى أوقاتها ويزول استحقاق المستأجر لاستيفائها بالإسلام وإن كانت مملوكة له بالعقد ، كما لم يستحق استيفاءها فى استئجار المسلم وإن كانت مملوكة له بالعقد ، وإنما وجب استحقاق صرفها قبل الإسلام إلى العمل ، لعدم المانع من استيفائها مع استحقاقها .

ونظيره : لو استأجر امرأة لعمل مدة فحاضت فى بعضها ، فأوقات الصلاة فى زمن الحيض غير مستثناة وفى غيره مستثناة ، ولا ينظر فى ذلك إلى حال العقد بل حال الاستيفاء .

وهكذا اكتراء الإبل إلى الحج وسيرها محمول على العادة والمنازل المعتادة ، فلو اتفق فى مدة الإجارة تغيير العادة ، وسار الناس على خلاف ما كانوا يسيرون فيما لايضر بالأجير والمستأجر ، وجب الرجوع إلى ماصار عادة للناس ، ولا نقول بانفساخ العقد واعتبار العادة الأولى .

هذا مقتضى الفقه ، وإن لم أجده منقولا .

قال : ولو استعمل المستأجر اليهودى يوم السبت ظالما أوألزم المسلم العمل فى أوقات الصلاة ونحوها ، لم يلزمه أجرة المثل .

وقد قال البغوى فى فتاويه : إنه لو استأجر عبدا فاستعمله فى أوقات الراحة ، لم يجب عليه أجرة زائدة لأن جملة الزمان مستحقة وترك الراحة ليتوفر عليه عمله ، فإن دخله نقص وجب عليه أرش نقصه ، كمالو استعمله فى أوقات الصلاة لايجب عليه زيادة أجرة وعليه تركه لقضاء الصلاة ، هذه عبارته انتهى .

ونظير مسألة إسلام الذمى مالوأجردارا ، ثم باعها لغير المستأجر ، ثم تقايل البائع والمستأجر الإجارة ، والذى ذكره المتولى أن المنافع تعود إلى البائع سواء قلنا إن الإقالة بيع أو فسخ على الصحيح ، لأنها ترفع العقد من حينها قطعا ، فلم يوجد عند الرد مايوجب الحق للمشترى ، وحكى فيمالو فسخت الإجارة بعيب أوطروء ما يقتضى ذلك وجهين مبنيين على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو حينه إن قلنا بالأول فللمشترى ؛ وكأن الإجارة لم تكن ، أو بالثانى فللبائع لما تقدم .

الكتاب الثانى

فى قواعد كلية يتخرج عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية

القاعدة الأولى

الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد

الأصل فى ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، نقله ابن الصباغ ، وأن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر فى المشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة وقال ذلك على ماقضينا وهذا على ماقضينا ، وقضى فى الجد قضايا مختلفة .

وعلته أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، فإنه يؤدى إلى أنه لايستقر حكم وفى ذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا .

ومن فروع ذلك :

لو تغير اجتهاده فى القبلة عمل بالثانى ، ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلاقضاء .

ومنها لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر ، ثم تغير ظنه لايعمل بالثانى ، بل يتيمم .

ومنها لو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب وأعادها لم تقبل ، لأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، كذا علله فى التتمة .

ومنها لو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل .

ومنها لو ألحقه قائف بأحدهما ، فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به ، لأن الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد .

ومنها لوحكم الحاكم بشىء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول وإن كان الثانى أقوى ، غير أنه فى واقعة جديدة لايحكم إلا بالثانى بخلاف مالو تيقن الخطأ .

ومنها حكم الحاكم فى المسائل المجتهد فيها لاينقض ، ولذلك أمثلة .

منها الحكم بحصول الفرقة فى اللعان بأكثر الكلمات الخمس ، وببطلان خيار المجلس والعرايا ومنع القصاص فى المثقل ، وصحة النكاح بلاولى أو بشهادة فاسقين ، وبيع أم الولد وثبوت

الرضاع بعد حولين ، وصحة نكاح الشغار والمتعة ، وأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة فى الأطراف ، ورد الزوائد مع الأصل فى الرد بالعيب ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، وقتل الوالد بالولد والحر بالعبد والمسلم بالذمى ، على ما صححه فى أصل الروضة فى الجميع وإن كان الصواب فى الأخير النقض بمخالفته النص الصحيح الصريح .

ومنها لو خالع زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل ، لا عتقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح ، قال الغزالى : إن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها ، وإن تغير اجتهاده لما يلزم فى فراقها من تغير حكم الحاكم فى المجتهدات .

قال : وإن لم يحكم حاكم ففيه تردد ، والمختار وجوب المفارقة لما يلزم فى إمساكها من الوطء الحرام على معتقده .

الثانى قالوا : وما ذكره فى حكم الحاكم مبنى على أن حكمه ينفذ باطنا ، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم لأن هذا بالنسبة إلى أخذه فى خاصة نفسه وامتناع نقض الحكم فى المجتهدات لما تقدم ، ليظهر أثره فى المتنازعين .

وعلى ذلك أيضا نبنى ما حكاه ابن أبى الدم فى أدب القضاء عن الأصحاب أن الحنفى إذا خلل خمرا فأتلفها عليه شافعى لا يعتقد طهارتها بالتخليل ، فترافعا إلى حنفى ، وثبت ذلك عنده بطريقه ، فقضى على الشافعى بضمانها ، لزمه ذلك قولا واحدا حتى لو لم يكن للمدعى بينة وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها ، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شىء لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم ، والاعتبار فى الحكم باعتقاد القاضى دون اعتقاده وكأن هذا مفرع على نفوذ الحكم باطنا وإلا فيسوغ له الحلف ويؤيده الخلاف فيما إذا حكم الحنفى للشافعى بشفعة الجوار هل تحل له ؟

تنبيهات : الأول : وقع فى فتاوى السبكى أن امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها ـ وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعى على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعى آخر فأراد حاكم مالكى إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لا يمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعى عن أبى سعيد الهروى فى قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب على فقبلته قبول

مثله وألزمت العمل بموجبه ـ أنه ليس بحكم وتصويب الرافعي ذلك .

قال السبكي : والصواب عندي أنه لا يجوز نقضه سواء اقتصر على الحكم بالموجب أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه وأما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا .

وليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتي الحاكم بلفظ الحكم بالصحة .

قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر ، فإذا حكم المالكي ببطلان الوقف استلزم الحكم ببطلان الإقرار وببطلان المقر به في حق المقر .

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد . أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك .

قال : وأما ما نقله الرافعي عن الهروي فالضمير في قوله « بموجبه » عائد على الكتاب وموجب الكتاب صدور ما تضمنه من إقرار أو تصرف أو غير ذلك . وقبوله ، وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور ، وأنه مثبت الحجة غير مردود ثم يتوقف الحكم بها على أمور أخر .

منها عدم معارضة بينة أخرى كما صرح به الهروي في بقية كلامه وغير ذلك ولذلك قال الرافعي الصواب أنه ليس بحكم ونحن نوافقه على ذلك في تلك المسألة .

أما مسألتنا هذه فالحكم بموجب الإقرار الذي هو مضمون الكتاب ولم يتكلم الرافعي ولا الهروي فيه بشيء فزال التعلق بكلامهما ، انتهى .

الثاني : معنى قولهم « الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» أي في الماضي ولكن يغير الحكم في المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلة ولا ينقض مامضى .

وفي المطلب ما قاله الأصحاب في الخنثى إذا تعارض البول مع الحيض فلا دلالة تقتضي أنه لوبال من فرج الرجل وحكمنا بذكورته ثم حاض في أوانه حكمنا بإشكاله إذ البول يتقدم إمكان الحيض .

قال وما اقتضاه كلامهم مشكل لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد .

قال الإسنوي : والجواب عنه أن النقض الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية ونحن لا نتعرض

عن البيهقى : هو حديث رواه جابر الجعفى ، رجل ضعيف عن الشعبى عن ابن مسعود ، وهو منقطع .

قلت : وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق فى مصنفه . وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع .

ثم قال ابن السبكى : غير أن القاعدة فى نفسها صحيحة . قال الجوينى فى السلسلة : لم يخرج عنها إلا ماندر .

فمن فروعها :

إذا تعارض دليلان: أحدهما يقتضى التحريم والآخر الإباحة . قدم التحريم فى الأصح .

ومن ثم قال عثمان ، لماسئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين « أحلتهما آية وحرمتهما آية . والتحريم أحب إلينا » وكذلك تعارض حديث « لك من الحائض ما فوق الإزار » وحديث « اصنعوا كل شىء إلا النكاح » فإن الأول يقتضى تحريم مابين السرة والركبة والثانى يقتضى إباحة ماعدا الوطء ، فيرجح التحريم احتياطا .

قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم. وذلك أولى من عكسه.

ومنها : لو اشتبهت محرم بأجنبيات محصورات لم تحل.

ومنها : قاعدة مد عجوة ودرهم .

ومنها : من أحد أبويها كتابى ، والآخر مجوسى . أو وثنى : لايحل نكاحها ولا ذبيحتها، ولو كان الكتابى الأب فى الأظهر ، تغليبا لجانب التحريم .

ومنها : من أحد أبويه مأكول ، والآخر غير مأكول ، . لا يحل أكله ، ولو قتله محرم ففيه الجزاء تغليبا للتحريم فى الجانبين .

ومنها : لو كان بعض الضبة للحاجة ، وبعضها للزينة : حرمت .

ومنها : لو كان بعض الشجرة فى الحل ، وبعضها فى الحرم : حرم قطعها .

ومنها : لو اشترك فى الذبح مسلم ومجوسى ، أو فى قتل الصيد سهم وبندقة : لم يحل .

ومنها عدم جواز وطء الجارية المشتركة .

ومنها : لو اشتبه مذكى بميتة ، أو لبن بقر بلبن أتان ؛ أو ماء وبول : لم يجز تناول شىء منها ولا بالاجتهاد ، مالم تكثر الأوانى كاشتباه المحرم .

ومنها : لو اختلطت زوجته بغيرها ، فليس له الوطء ، ولا باجتهاد ، سواء كن محصورات أم لا بلا خلاف ، قاله فى شرح المهذب .

ومن صوره : أن يطلق إحدى زوجتيه مبهما ، فيحرم الوطء قبل التعيين . أو يسلم على أكثر من أربع ، فيحرم قبل الاختيار .

ومنها : ماذكره النووى فى فتاويه : إذا أخذ المكاس من إنسان دراهم فخلطها بدراهم المكس . ثم رد عليه قدر دراهمه من ذلك المختلط . لايحل له إلا أن يقسم بينه وبين الذين أخذت منهم .

وفى فتاوى ابن الصلاح : لو اختلط درهم حلال بدراهم حرام . ولم يتميز فطريقه : أن يعزل قدر الحرام بنية القسمة . ويتصرف فى الباقى ، والذى عزله إن علم صاحبه سلمه إليه ، وإلا تصدق به عنه ، وذكر مثله النووى . وقال : اتفق أصحابنا ، ونصوص الشافعى على مثله فيما إذا غصب زيتا أو حنطة . وخلط بمثله ، قالوا : يدفع إليه من المختلط قدر حقه . ويحل الباقى للغاصب .

قال : فأما مايقوله العوام : إن اختلاط ماله بغيره يحرمه ، فباطل ، لا أصل له .

ومنها : لو انتشر الخارج فوق العادة ، وجاوز الحشفة أو الصفحة ، فإنه لايجزى الحجر فى غير المجاوز أيضا .

ومنها : لو تلفظ الجنب بالقرآن . بقصد القراءة والذكر معا : فإنه يحرم .

ومنها : لو وقف جزءا من أرض مشاعا مسجدا : صح . ووجب القسمة ، ولايجوز قبل القسمة للجنب المكث فى شىء من أجزائها . ولا الاعتكاف . تغليبا للتحريم فى الجانبين ذكره ابن الصلاح فى فتاويه .

ومنها : لو رمى الصيد فوقع بأرض ، أو جبل ، ثم سقط منه ، حرم لحصول الموت بالسهم والسقطة .

وخرج عن هذه القاعدة فروع :

منها : الاجتهاد فى الأوانى والثياب ، والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزنا ، وكذا إن استويا فى الأصح ، بخلاف ما إذا زاد وزنا .

ونظيره : التفسير ، يجوز مسه للمحدث . إن كان أكثر من القرآن ، وكذا إن استويا فى الأصح ، إلا إن كان القرآن أكثر .

ومنها : لو رمى سهما إلى طائر . فجرحه ، ووقع على الأرض فمات ، فإنه يحل . وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض . لأن ذلك لا بد منه ، فعفى عنه

ومنها : معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه لا يحرم فى الأصح ، لكن يكره وكذا الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام فى يده كما قال فى شرح المهذب : إن المشهور فيه الكراهة ، لا التحريم ، خلافا للغزالى .

ومنها : لو اعتلفت الشاة علفا حراما لم يحرم لبنها ولحمها ، ولكن تركه أورع . نقله فى شرح المهذب عن الغزالى.

ومنها : أن يكون الحرام مستهلكا أو قريبا منه ؛ فلو أكل المحرم شيئا قد استهلك فيه الطيب فلا فدية ، ولو خالط المائع الماء بحيث استهلك فيه جاز استعماله كله فى الطهارة ، ولو مزج لبن المرأة بماء بحيث استهلك فيه ، لم يحرم ، وكذا لو لم يستهلك ، ولكن لم يشرب الكل ، ولا يجوز القراض على المغشوش . قال الجرجانى : ما لم يكن مستهلكا .

ومنها : لو اختلطت محرمه بنسوة قرية كبيرة . فله النكاح منهن .

ولو اختلط حمام مملوك بمباح لا ينحصر . جاز الصيد . ولو كان المملوك غير محصور أيضا فى الأصح .

قال فى زوائد الروضة : ومن المهم : ضبط العدد المحصور . فإنه يتكرر فى أبواب الفقه . وقل من بينه .

قال الغزالى : وإنما يضبط بالتقريب . فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد ، لعسر على الناظرين عده بمجرد النظر . كالألف ونحوه ، فهو غير محصور . وما سهل ، كالعشرة والعشرين فهو محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة ، تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب .

ولو ملك الماء بالاستسقاء ، ثم انصب فى نهر ، لم يزل ملكه عنه . ولا يمنع الناس من الاستقاء وهو فى حكم الاختلاط بغير المحصور.

قال فى الإحياء : ولو اختلط فى البلد حرام لا ينحصر . لم يحرم الشراء منه ، بل يجوز الأخذ منه ، إلا أن يقترن به علامة على أنه من الحرام .

فصل : يدخل فى هذه القاعدة : تفريق الصفقة . وهى أن يجمع فى عقدين حرام وحلال.

ويجرى فى أبواب . وفيها غالبا قولان ، أو وجهان . أصحهما الصحة فى الحلال . والثانى البطلان فى الكل . وادعى فى المهمات : أنه المذهب .

واختلف فى علته . فالصحيح : أنها الجمع بين الحلال والحرام . فغلب الحرام . وقيل : الجهالة بما يخص الملك من العوض .

ومن أمثلة ذلك فى البيع : أن يبيع خلا وخمرا ، أوشاة وخنزيرا ، أو عبدا وحرا ، أوعبده وعبد غيره ، أومشتركا بغير إذن شريكه ، أومال الزكاة قبل إخراجها ، أو الماء الجارى مع قراره ، أوغير الجارى، وقلنا : الماء لايملك . والأظهر الصحة فى القدر المملوك بحصته من المسمى.

ومنها : أن يهب ذلك ، كما صرح به فى التتمة ، فيما إذا وهب عبدا فخرج بعضه مستحقا أن يرهنه ، أويصدقه ، أو يخالع عليه .

وفى النكاح : أن يجمع من لاتحل له الأمة : بين حرة وأمة فى عقد ، فالأظهر : صحة النكاح فى الحرة . وكذا لوجمع فى عقد بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم ، أو خلية ، ومعتدة ، أومزوجة . وكذا لوجمع من تحل له الأمة بين أمة وأختين . فإنه يبطل فى الأختين وفى الأمة : القولان .

وفى الهدنة : إذا زادت على القدر الجائز . بطلت فى الزائد . وفى الباقى : القولان أظهرهما: الصحة .

وفى المناضلة : إذا كانت بين حزبين ، فظهر فى أحدهما من لايحسن الرمى ، بطل العقد فيه. وسقط من الحزب الآخر مقابله . وهل يبطل العقد فى الباقى : فيه القولان ، أصحهما : لا .

وفى الضمان والإبراء : لو قال ضمنت لك الدراهم التى على فلان ، أو أبرأتك من الدراهم التى عليك ، وهو لايعلم قدرها . فهل يصح فى ثلاثة ، لأنها القدر المستيقن : وجهان . من تفريق الصفقة . كذا فى الروضة وأصلها فى الصداق ومقتضاه الصحة .

وذكر المسألة فى باب الضمان ، وقالا : وجهان ، كما لو أجر كل شهر بدرهم . وهل يصح فى الشهر الأول ومقتضاه تصحيح البطلان ، فإنه الأصح فى مسألة الإجارة .

ولو أهدى من له عادة بالإهداء للقاضى ، وزاد على المعتاد قبل الولاية ، ففى أصل الروضة: صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية ، ومقتضاه : تحريم الكل .

قال فى المهمات : والقياس تخصيص ذلك بمازاد ، وتخريج الباقى على تفريق الصفقة . وحينئذ فتصير الهدية مشتركة على الصحيح ، فإن زاد فى المعنى ، كأن أهدى الحرير بعد أن كان يهدى الكتان ، فهل يبطل فى الجميع ، أو يصح فيها بقدر قيمة العادة فيه نظر ، والأوجه : الأول انتهى .

وقال البلقيني : المعتمد اختصاص التحريم بالزيادة ، فإن تميزت ، وإلا حرم الكل .

وفى إحياء الموات : لو تحجر الشخص أكثر مما يقدر على إحيائه ، فقيل : يبطل فى الجميع ، لأنه لا يتميز ما يقدر عليه من غيره . وقال المتولى ، يصح فيما يقدر عليه . قال فى الروضة . وهو قوى .

وفى الوصية : لو أوصى بثلثه لوارث وأجنبي ، بطلت فى الوارث . وفى الآخر : وجهان . أصحهما : الصحة .

وألحق بعضهم بذلك : ما إذا أوصى بأكثر من الثلث ، ولا وارث له ، فالمعروف فيه الجزم بالصحة فى الثلث .

وفى الشهادات : لو جمع فى شهادته بين ما يجوز ، وما لا يجوز ، هل تبطل فى الكل ، أو فيما لا يجوز خاصة ، ويقبل فيما يجوز فيه قولا تفريق الصفقة .

ومن أمثلته :

لو ادعى بألف : فشهد له بألفين . بطلت فى الزائد ، وفى الألف المدعى بها قولا تفريق الصفقة أصحهما : الصحة .

تنبيه : ذكروا لجريان الخلاف فى تفريق الصفقة شروطا :

الأول : أن لا يكون فى العبادات ، فإن كانت فيها ، صح فيما يصح فيه قطعا .

فلو عجل زكاة سنتين ، صح لسنة قطعا .

ولو نوى حجتين : انعقدت واحدة قطعا .

ولو نوى فى النفل : أربع ركعات بتسليمتين . انعقدت بركعتين قطعا ، دون الأخيرتين لأنه لما سلم منهما خرج عن الصلاة . فلا يصير شارعا فى الأخيرتين ، إلا بنية وتكبيرة . ذكره القاضى حسين فى فتاويه .

ويستثنى صور :

الأولى : لو نوى فى رمضان صوم جميع الشهر ، بطل فيما عدا اليوم الأول ، وفيه وجهان، أصحهما : الصحة .

الثانية . لو نوى التيمم لفرضين ، بطل فى أحدهما ، وفى الآخر وجهان . أصحهما : الصحة

وقد انعكست هذه المسألة على الزركشى . فقال ، فى قواعده : صح لواحدقطعا وفى الآخر خلاف ، وهو غلط .

الثالثة : ادعى على الحارص الغلط بما يبعد ، لم يقبل فيما زاد على القدر المحتمل . وفى المحتمل: وجهان . أصحهما : القبول فيه .

الرابعة : نوى قطع الوضوء فى أثنائه . بطل ماصادف النية قطعا ؛ وفى الماضى وجهان أصحهما : لا .

قال فى الخادم : وهى من مسائل تفريق الصفقة فى العبادات .

الخامسة : مسح أعلى الخفين ، وهو ضعيف ، ووصل البلل إلى أسفل القوى ، وقصدهما ، لم يصح فى الأعلى ، وفى الأسفل وجهان أصحهما : الصحة .

السادسة : صلى على موتى ، واعتقدهم أحد عشر ، فبانوا عشرة فوجهان فى البحر .

أصحهما : الصحة ، والثانى:البطلان ، لأن النية قدبطلت فى الحادى عشر ، لكونه معدوما ، فتبطل فى الباقى .

السابعة : صلى على حى وميت ، فالذى يظهر أن يكون فيه وجهان ، من تفريق الصفقة ، لكن فى البحر : إن جهل الحال صحت ، وإلا فلا . كمن صلى الظهر قبل الزوال ، وفيما قاله نظر .

الثامنة : ولم أرمن تعرض لها ـ إذا جاوز الغائط الأليتين ، أوالبول الحشفة ، وتقطع فإن الماء يتعين فى المجاوز قطعا ، وفى غيره وجهان . أصحهما : يجزى فيه الحجر . ذكره فى شرح المهذب ، وجزم به فى الكفاية ، ونقله القاضى حسين عن النص ، والرويانى عن الأصحاب والثانى : يجب غسل الجميع ، حكاه فى الحاوى .

الشرط الثانى

أن لا يكون مبنيا على السراية والتغليب . فإن كان ، كالطلاق والعتق ، بأن طلق زوجته وغيرها ، أوأعتق عبده وغيره ، أوطلقها أربعا ، نفذ فيما يملكه إجماعا .

الثالث : أن يكون الذى يبطل فيه معينا بالشخص ، أو الجزئية ، ليخرج ما إذا اشترط الخيار أربعة أيام ، فإنه يبطل فى الكل ، ولم يقل أحد بأنه يصح فى الثلاثة . وغلط البالسى ،

فى شرح التنبيه ، حيث خرجها على القولين ، وما إذا عقد على خمس نسوة ، أوأختين معا ،فإنه يبطل فى الجميع . ولم يقل أحد بالصحة فى البعض . لأنه ليست هذه بأولى من هـذه .

وغلط صاحب الذخائر تخريجها .

ولو جمع من تحل له الأمة — لإعساره — بين حرة وأمة فى عقد فطريقان : أظهرهما عند الإمام وابن القاص أنه على القولين . وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعا لأنه جمع بين امرأتين ، يجوز إفراد كل منهما ، ولا يجوز الجمع ، فأشبه الأختين . والأول فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى . والحرة أقوى .

واستثنى من هذا الشرط مسألتا المناصلة ، والتحجر السابقتان . فإن الأصح فيهما . الصحة . تخريجا على القولين ، مع أنه لايتعين الذى يبطل فيه .

الرابع

إمكان التوزيع ، ليخرج مالو باع مجهولا ومعلوما

ومن ذلك : مالو باع أرضا مع بذر ، أو زرع . لايفرد بالبيع ، فإنه يبطل فى الجمع على المذهب . وقيل : فى الأرض القولان .

واستثنى من ذلك مسألة بيع الماء مع قراره ، فإن الماء الجارى مجهول القدر .

الخامس : أن لايخالف الإذن ، ليخرج مالو استعار شيئا ليرهنه على عشرة فرهنه بأكثر.

فالمذهب : البطلان فى الكل ، لمخالفة الإذن . وقيل : يخرج على تفريق الصفقة .

ولو استأجره لينسج له ثوبا ، طوله عشرة أذرع ، فى عرض معين ، فنسج أحد عشر لم يستحق شيئا من الأجرة ، أوتسعة . فإن كان طول السدى عشرة ، استحق من الأجرة بقدره ، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه . وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئا حكاه الرافعى عن التتمة .

ولو أجر الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين . بطل فى الكل على الصحيح . وقيل : بل فى القدر الزائد ، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة ، واختاره السبكى .

ونظير ذلك : أن يشرط الواقف أن لايؤجر الوقف أكثر من سنة مثلا فيزاد ، فأفتى الشيخ ولى الدين العراقى بالبطلان فى الكل ، قياسا على مسألة الرهن .

وأفتى قاضى القضاة : جلال الدين البلقينى بالصحة ، فى القدر الذى شرطه الواقف . قال له

الشيخ ولى الدين : أنت تقول بقول الماوردى فى الرهن قال : لا . قال : فافرق . قال : حتى أعطى المسألة كفايتها .

قلت : والمسألة ذكرها الزركشى فى قواعده . وقال : لم أرفيها نقلا ، والظاهر أنها على خلاف تفريق الصفقة ، حتى يصح فى المشروط وحده . وذكره أيضا الغزى ، فى أدب القضاء ، وقال : لا نقل فيها . والمتجه : التخريج على تفريق الصفقة ، انتهى .

فائدة: قال الزركشى : مخالفة الإذن على ثلاثة أقسام : مخالفة إذن وصفى ، كمسألة الإعارة للرهن ، ومخالفة إذن شرعى ، كمسألة إجارة المرهون . ومخالفة إذن شرطى ، كمسألة إجارة الوقف المذكورة .

السادس : أن لايبنى على الاحتياط . فلو زاد فى العرايا على القدر الجائز . فالمذهب : البطلان فى الكل . وفى المطلب عن الجوينى : تخريجه على القولين .

ولو أصدق الولى عن الطفل أو المجنون ، عينا من ماله أكثر من مهر المثل . فالمجزوم به فى الصداق فى أصل الروضة فساد الصداق ، والذى فى التنبيه : أنه يبطل الزائد فقط ، ويصح فى قدر مهر المثل من المسمى . وأقره فى التصحيح ، وصححه فى أصل الروضة ، فى نكاح السفيه .

ثم حكى عن ابن الصباغ : أن القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل من المسمى ، وأن الفرق أنه على قوله : يجب مهر المثل فى الذمة ، وعلى الأول : تستحق الزوجة مهر المثل من المسمى .

قال ابن الرفعة : فهذا تناقض ، إذ لا فرق بين ولى الطفل ، وولى السفيه .

وقال السبكى : فى تصوير المسألة بين الأصحاب ، وابن الصباغ نظر : فإن الولى إن لم يتعرض للمهر ، فالعقد إنما يكون على الذمة ، ولا يصح إلا بمهر المثل ، لا بمسمى غيره . فلا يتحقق الخلاف .

وإن أذن فى عين — هى أكثر من مهر المثل — فينبغى أن يبطل فى الزائد . وفى الباقى خلاف تفريق الصفقة ، أو هو كبيعه بالإذن عينا من ماله .

قال : ويمكن أن يصور بقوله : انكح فلانة ، وأصدقها من هـذا المال ، فأصدق منه

أكثر من مهر مثلها . لكن يأتي فيه الخلاف في إذنه في البيع .

قال : وقد تصور بما إذا لم ينص على المهر ، وعقد على زائد من غير نقد البلد ، فعند ابن الصباغ: يرجع إلى مهر المثل من نقد البلد . وعند غيره : يصح في قدر مهر المثل مما سمى . انتهى .

السابع : أن يورد على الجملة ليخرج مالو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، فإنه لا يصح في سائر الشهور قطعا ، ولا في الشهر الأول على الأصح .

ولو قال : ضمنت نفقة الزوجة ، فالضمان في الغد ، ومابعده فاسد . وهل يصح في يوم الضمان ؟ وجهان . أصحهما : لا ، بناء على مسألة الإجارة .

الثامن

أن يكون المضموم إلى الجائز يقبل العقد في الجملة

فلو قال : زوجتك بنتي وابني ، أو وفرسي : صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لايقبل النكاح ، فلغا . وقيل : بطرد القولين .

تنبيه

كما تفرق الصفقة في المثمن تفرق في الثمن

ومثاله : ماقالوه في الشفعة : لوخرج بعض المسمى مستحقا بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة في الابتداء .

فصل : ويدخل في هذه القاعدة أيضا : قاعدة « إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر ، وجانب السفر غلب جانب الحضر » لأنه اجتمع المبيح ، والمحرم . فغلب المحرم .

فلو مسح حضرا ، ثم سافر ، أوعكس . أتم مسح مقيم .

ولو مسح إحدى الخفين حضرا ، والأخرى سفرا . فكذلك على الأصح عند النووي طردا للقاعدة .

ولو أحرم قاصرا ، فبلغت سفينته دار إقامته أتم .

ولو شرع في الصلاة في دار الإقامة ، فسافرت سفينته ، فليس له القصر .

واستشكل تصويره . لأن القصر شرطه النية في الإحرام . ولا يصح بنيته في الإقامة فامتناع

القصر إذا سافر أثناءها ، لفقد نيته ، لا لتغليب حكم الحضر .

وأجيب : بأنا نعلل وجوب الإتمام بعلتين . إحداهما : اجتماع حكم الحضر ، والسفر والأخرى فقد نية القصر .

ولو قضى فائتة سفر فى الحضر ، أو عكسه : امتنع القصر .

ولو أصبح صائما فى الإقامة ، فسافر أثناء النهار ، أو فى السفر ، فأقام أثناءه : حرم الفطر على الصحيح .

ولو ابتدأ النافلة على الأرض ، ثم أراد السفر . فأراد ترك الاستقبال : لم يجز له بلا خلاف . قاله فى شرح المهذب .

ولو أقام بين الصلاتين : بطل الجمع ، أو قبل فراغهما فى جمع التأخير : صارت الأولى قضاء .

ولو شرع المسافر فى الصلاة بالتيمم ، فرأى الماء : لم تبطل . فإن نوى الإقامة بعده . بطلت على الصحيح .

ولو نوى الإقامة ، ولم يرماء : أتمها . وهل تجب الإعادة ؟ وجهان . أحدهما : نعم لأنه صار مقيما ، والمقيم تلزمه الإعادة . والثانى : لا . وبه قطع الرويانى ، واختاره ابن الصباغ .

قال البغوى : ولو اتصلت السفينة التى يصلى فيها بدار الإقامة فى أثناء صلاته بالتيمم لم تبطل . ولم تجب الإعادة فى الأصح ، كما لو وجد الماء : نقل ذلك فى شرح المهذب . وأقره ، فعلى ما ذكره الرويانى ، والبغوى . يستثنى ذلك من القاعدة .

فرع

ولدته ، ولم أره منقولا

لو أحرم بالجمعة فى سفينة بدار الإقامة على الشط . بأن اتصلت الصفوف إليه ، فصلى مع الإمام ركعة ، ثم نوى المفارقة . جاز وصح إتمامه الجمعة .

فلو سارت السفينة ، والحالة هذه ، وفارقت عمران البلد ، فيحتمل أن يتم الجمعة ، لأنه أدركها بإدراك ركعة مع الإمام ، والوقت باق . ويحتمل أن تنقلب ظهرا ، لأن الجمعة شرطها دار الإقامة . فلما فارقها أشبه ما لو خرج الوقت فى أثنائها . ويحتمل أن تبطل الصلاة بالكلية لأنه طرأ مانع من إتمامها جمعة . والوقت باق . وفرضه الجمعة ، وهو عاص بمفارقته بلد الجمعة

قبل انقضائها ، ومتمكن من العود إليها لإدراكها . ومن فرضه الجمعة لايصح منه الظهر قبل اليأس منها . وهذا الاحتمال أوجه عندى ، ولم أر المسألة مسطورة .

فصل: ويدخل فى هذه القاعدة أيضا ، قاعدة « إذا تعارض المانع والمقتضى ، قدم المانع » ومن فروعها :

لو استشهد الجنب ، فالأصح أنه لايغسل :

ولو ضاق الوقت أو الماء عن سنن الطهارة : حرم فعلها .

ولو ارتد الزوجان معا . تشطر الصداق فى الأصح ، كالو ارتد وحده .

ولو جرحه جرحين : عمدا ، وخطأ ، أو مضمونا ، وهدرا ، ومات بهما : لاقصاص .

ولو كان ابن الجانى ابن ابن عم لم يعقل ، وفى قول : نعم ، كالولى النكاح ، فى هذه الصورة.

وأجاب الأول : بأن البنوة فى العقل مانعة ، فلا يعمل معها المقتضى ، وفى ولاية النكاح ليست بمانعة ، بل غير مقتضية ، فإذا وجد مقتض ، عمل .

ونظير ذلك : ماذكره ابن المسلم فى استحقاق الخنثى السلب إن قلنا : المرأة لاتستحقه . قال : يحتمل وجهين ، منشؤهما التردد فى أن الذكورة مقتضية ، أم الأنوثة مانعة ؟

قال : والأظهر الاستحقاق .

ولو تغير فم الصائم بسبب غير الصوم ، كأن نام بعد الزوال . فهل يكره له السواك ؟ قال الزركشى : قياس هذه القاعدة الكراهة . وصرح المحب الطبرى : بأنه لا يكره وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : اختلاط موتى المسلمين بالكفار ، أوالشهداء بغيرهم . يوجب غسل الجميع والصلاة وإن كان الصلاة على الكفار والشهداء حراما . واحتج له البيهقى : بأن النبى ﷺ مر بمجلس، فيه أخلاط من المسلمين والمشركين ، فسلم عليهم .

ومنها : يحرم على المرأة ستر جزء من وجهها فى الإحرام ، ويجب ستر جزء منه مع الرأس للصلاة ، فتجب مراعاة الصلاة .

ومنها : الهجرة على المرأة من بلاد الكفر واجبة . وإن كان سفرها وحدها حراما .

خاتمة : لهم قاعدة عكس هذه القاعدة ، وهى « الحرام لايحرم الحلال » ، وهو لفظ

حديث أخرجه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عمر ، مرفوعا .

قال ابن السبكي : وقد عورض به حديث « إذا اجتمع الحلال والحرام ، غلب الحرام »، وليس بمعارض . لأن المحكوم به ثم إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبا واحتياطا لاصيرورته في نفسه حراما .

ومن فروع ذلك : ماتقدم في خلط الدرهم الحرام بالمباح . وخلط الحمام المملوك بالمباح غير المحصور . وكذا المحرم بالأجانب ، وغير ذلك .

ومنها : لو ملك أختين فوطىء واحدة ، حرمت الأخرى . فلو وطىء الثانية لم تحرم عليه الأولى ، لأن الحرام لايحرم الحلال .

وفي وجه . إذا أحبل الثانية حلت ، وحرمت الأولى ، قال في الروضة : وهوغريب .

القاعدة الثالثة

الإيثار في القرب مكروه . وفي غيرها محبوب . قال تعالى (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) .

قال الشيخ عز الدين : لا إيثار في القربات . فلا إيثار بماء الطهارة ، ولابستر العورة ولا بالصف الأول ، لأن الغرض بالعبادات . التعظيم ، والإجلال . فمن آثر به ، فقد ترك إجلال الإله وتعظيمه .

وقال الإمام : لودخل الوقت ــ ومعه ماء يتوضأ به ــ فوهبه لغيره ليتوضأ به ، لم يجز ، لا أعرف فيه خلافا ، لأن الإيثار : إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس ، لافيما يتعلق بالقرب ، والعبادات .

وقال في شرح المهذب ، في باب الجمعة : لا يقام أحد من مجلسه ليجلس في موضعه ، فإن قام باختياره ، لم يكره ، فإن انتقل إلى أبعد من الإمام كره .

قال أصحابنا : لأنه آثر بالقربة .

وقال الشيخ أبو محمد ، في الفروق : من دخل عليه وقت الصلاة ، ومعه ما يكفيه لطهارته، وهناك من يحتاجه للطهارة ، لم يجز له الإيثار .

ولو أراد المضطر : إيثار غيره بالطعام ، لاستبقاء مهجته ، كان له ذلك ، وإن خاف فوات مهجته .

والفرق : أن الحق فى الطهارة لله ، فلايسوغ فيه الإيثار ، والحق فى حال المخمصة لنفسه. وقدعلم أن المهجتين على شرف التلف ، إلا واجدة تستدرك بذلك الطعام ، فحسن إيثارغيره على نفسه .

قال : ويقوى هذا الفرق ، مسألةالمدافعة ؛ وهى : أن الرجل إذا قصدقتله ظلما ، وهوقادر على الدفع ، غير أنه يعلم أن الدفع ربما يقتل القاصد ، فله الاستسلام .

وقال الخطيب فى الجامع : كره قوم إيثار الطالب غيره بنوبته فى القراءة ، لأن قراءة العلم والمسارعة إليه قربة ، والإيثار بالقرب مكروه ، انتهى .

وقد جزم بذلك النووى فى شرح المهذب ؛ وقال فى شرح مسلم : الإيثار بالقرب مكروه، أوخلاف الأولى ، وإنما يستحب فى حظوظ النفس ، وأمور الدنيا .

قال الزركشى : وكلام الإمام ، ووالده السابق : يقتضى أن الإيثار بالقرب حرام ، فحصل ثلاثة أوجه .

قلت : ليس كذلك ، بل الإيثار إنأدى إلى تركواجب فهو حرام . كالماء ، وساترالعورة، والمكان فى جماعة لا يمكن أن يصلىفيه أكثر من واحد ، ولا تنتهى التوبة ، لآخرهم إلابعد الوقت ، وأشباه ذلك ، وإن أدى إلى ترك سنة ، أو ارتكاب مكروه فمكروه ، أو لارتكاب خلاف الأولى ، مماليس فيه نهى مخصوص ، فخلاف الأولى وبهذا يرتفع الخلاف .

تنبيه : من المشكل على هذه القاعدة : من جاء ولم يجد فى الصف فرجة ، فإنه يجر شخصا بعدالإحرام ، ويندبللمجرور أنيساعده ، فهذا يفوت علىنفسه قربة ، وهوأجر الصفالأول.

القاعدة الرابعة

التابع تابع

يدخل فى هذه العبارة قواعد :

الأولى : أنه لاينفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تبعا .

ومن فروعه :

لو أحيا شيئا له حريم ، ملك الحريم فى الأصح تبعا ، فلو باع الحريم دون الملك ، لم يصح .

ومنها : الحمل يدخل فى بيع الأم تبعا لها ، فلا يفرد بالبيع .

ومنها : الدود المتولد فى الطعام يجوز أ كله معه ، تبعا لا منفردا فى الأصح .

ومنها : لو نقض السوقة العهد ، ولم يعلم الرئيس والأشراف ، ففى انتقاض العهد فى حق السوقة وجهان . أحدهما : المنع ، كما لا اعتبار بعهدهم . حكاه الرافعى عن ابن كج .

ومنها قولهم : صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط ، لأنها تابعة .

فلو أسقط من عليه الدين المؤجل : الأجل . لم يسقط ، ولا يتمكن المستحق من مطالبته فى الحال ، فى الأصح لأنه صفة تابعة والصفة لا تفرد بالإسقاط ، وكذا لو أسقط الجودة أو الصحة لا تسقط ، جزم به الرافعى .

ولو أسقط الرهن ، أو الكفيل سقط فى الأصح .

وقال الجوينى : لا كالأجل، وفرق غيره بأن شرط القاعدة : أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد ، كالرهن والكفيل ، بخلاف الأجل ، فإنه وصف لازم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل .

الثانية

التابع يسقط بسقوط المتبوع

ومن فروعه :

من فاتته صلاة فى أيام الجنون ، لا يستحب قضاءرواتبها ، لأن الفرض منقط ، فكذاتابعه.

ومنها : من فاته الحج فتحلل بالطواف ، والسعى ، والحلق ، لا يتحلل بالرمى ، والمبيت لأنها من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع .

ومنها : إذا بطل أمان رجال ، أو أشراف ، ففى وجه : يبطل الأمان فى الصبيان والنساء ، والسوقة ، لأنهم إنما دخلوا فى الأمان تبعا ، ولكن الأصح خلافه .

ومنها : لومات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع : فإذا فات الأصل سقط .

ولو مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس ، لأنه متبوع .

ومنها : لو مات الغازى . ففى قول : لا يصرف لأولاده وزوجته من الديوان لأن تبعيتهم زالت بموته ، والأصح خلافه ، ترغيبا فى الجهاد .

ومنها : لو امتنع غسل الوجه فى الوضوء لعلة به ، وما جاوره صحيح ، لم يستحب غسله للغرة كما صرح به الإمام . ونقله فى المطلب وأقره . لأنه تابع لغسل الوجه . فسقط لسقوطه لكن جزموا بأنه لوقطع من فوق الذراع ندب غسل باقى عضده ، محافظة على التحجيل .

قال الجويني : وإنما لم يسقط التابع في هذه الصورة لسقوط المتبوع ، كمن فاتتها صلاة زمن الحيض والجنون فإنها لا تقضي رواتبها ، كما لا يقضي الفرض . لأن سقوط القضاء فيما ذكر رخصة مع إمكانه ، فإذا سقط الأصل مع إمكانه ، فالتابع أولى وسقوط الأصل هنا لتعذره . والتعذر مختص بالذراع ، فبقي العضد على ما كان من الاستحباب ، وصار كالمحرم الذي لا شعر على رأسه ، يندب إمرار الموسى عليه . كذا فرق الجويني ، وجزم به الشيخان .

وفرق ابن الرفعة بأن السنة شهدت بأن تلك النوافل مكملة لنقص الفرائض . فإذا لم يكن فريضة ، فلا تكملة ، وليس تطويل التحجيل مأمورا به لتكملة غسل اليدين والرجلين ؛ لأنه كامل بالمشاهدة . فتعين أن يكون مطلوبا لنفسه .

وفي هذا الفرق منع كونه تابعا ، وإليه مال الإسنوي . وفرق بين مسألة اليد والوجه : بأن فرض الرأس المسح ، وهو باق عند تعذر غسل الوجه . واستحباب مسح العنق والأذنين باق بحاله ، فإذا لم يستحب غسل ذلك ، لم يخل المحل المطلوب عن الطهارة ، ولا كذلك في مسألة اليد .

تنبيه

يقرب من ذلك قولهم : « الفرع يسقط إذا سقط الأصل » .

ومن فروعه :

إذا برئ الأصيل برئ الضامن . لأنه فرعه ، فإذا سقط الأصيل ، سقط بخلاف العكس ، وقد يثبت الفرع ، وإن لم يثبت الأصل ، ولذلك صور :

منها : لو قال شخص : لزيد على عمرو ألف ، وأنا ضامن به فأنكر عمرو ، ففي مطالبة الضامن وجهان أصحهما : نعم .

ومنها : ادعى الزوج الخلع ، وأنكرت : ثبتت البينونة ، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل .

ومنها قال : بعت عبدي من زيد ، وأعتقه زيد . فأنكر زيد ، أو قال : بعته من نفسه فأنكر العبد عتق فيهما ، ولم يثبت العوض .

ومنها : قال أحد الابنين فلانة بنت أبينا ، وأنكر الآخر ففي حلها للمقر وجهان . والمجزوم به في النهاية : التحريم ، وهو المعمول به ، فقد ثبت الفرع دون الأصل .

ومنها : قال لزوجته أنت أختي من النسب ، وهي معروفة النسب من غير أبيه ففي

تحريمها عليه وجهان ، أو مجهولة النسب ، وكذبته : إنفسخ نكاحها فى الأصح .

ومنها : ادعت زوجية رجل ، فأنكر ، ففى تحريم النكاح عليها وجهان .

ومنها: ادعت الإصابة ، قبل الطلاق، وأنكر، ففى وجوب العدة عليها وجهان. الأصح : نعم.

الثالثة

التابع لا يتقدم على المتبوع

ومن فروعه :

المزارعة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعا لها بشروط .

منها : أن يتقدم لفظ المساقاة . فلو قدم لفظ المزارعة ، فقال : زارعتك على البياض ، وساقيتك على النخل على كذا ، لم يصح ، لأن التابع لا يتقدم على المتبوع .

ومنها : لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع ، لم يصح .

ومنها : لا يصح تقدم المأموم على إمامه فى الموقف . ولا فى تكبيرة الإحرام والسلام ولا فى سائر الأفعال فى وجه .

ومنها : لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال ، ولولا هو لم تصح قدوته لم يصح أن يحرم قبله ، لأنه تابع له ، كما أنه تابع لإمامه ، ذكره القاضى حسين .

ومنها : ذكر القاضى أيضا أنه لو حضر الجمعة من لا تنعقد به ، كالمسافر والعبد والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال لأنهم تبع لهم كما فى أهل الكمال مع الإمام .

الرابعة

يغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى غيرها

وقريب منها : يغتفر فى الشىء ضمنا مالا يغتفر فيه قصدا .

وربما يقال : يغتفر فى الثوانى مالا يغتفر فى الأوائل .

وقد يقال : أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها .

والعبارة الأولى أحسن وأعم .

ومن فروعها :

سجود التلاوة في الصلاة ، يجوز على الراحلة قطعا تبعا ، وجرى فيه خارجها خلاف لاستقلاله.

ومنها : المستعمل فى الوضوء ، لا يستعمل فى الجنابة اتفاقا ، ويستتبع غسل الجنابة الوضوء على الأصح ، ويندرج فيه الترتيب والمسح .

ومنها : المستعمل فى الحدث ، لا يستعمل فى الخبث ، وعكسه على الأصح .

ولو كان على محل نجاسة فسله عنها وعن الحدث طهرا فى الأصح .

ومنها : لا يثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعا .

ولو صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما ولم يروا الهلال ، أفطروا فى الأصح لحصوله ضمنا وتبعا.

ومنها : لا يثبت النسب بشهادة النساء . فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعا .

ومنها : البيع الضمني ، يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول . ولا يغتفر ذلك فى البيع المستقل .

ومنها : الصور التى يصح فيها ملك الكافر المسلم ، لكونه تبعا له ولا يصح استقلالا وستأتى فى الكتاب الخامس .

ومنها : لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع . فإن باعه مع الأرض جاز تبعا

ومنها : لا يجوز تعليق الإبراء ولو علق عتق المكاتب جاز وإن كان متضمنا للإبراء .

ومنها : لا يجوز تعليق الاختيار ، وله تعليق طلاق أربع منهن مثلا ، فيقع الاختيار معلقا ضمنا ، فإن الطلاق اختيار للمطلقة .

ومنها : الوقف على نفسه ، لا يصح .

ولو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق فى الأصح تبعا .

القاعدة الخامسة

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

هذه القاعدة نص عليها الشافعى وقال « منزلة الإمام من الرعية منزلة الولى من اليتيم » .

قلت : وأصل ذلك : ما أخرجه سعيد بن منصور فى سننه . قال حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق ، عن البراء بن عازب قال : قال عمر رضى الله عنه « إنى أنزلت نفسى من مال الله بمنزلة ولى اليتيم ، إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت » .

ومن فروع ذلك :

أنه إذا قسم الزكاة على الأصناف يحرم عليه التفضيل ، مع تساوى الحاجات .

ومنها : إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب : جاز ، وبغير سبب لا يجوز حكاه فى الروضة .

ومنها : ما ذكره الماوردى : أنه لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماما للصلوات فاسقا ، وإن صححنا الصلاة خلفه ؛ لأنها مكروهة . وولى الأمر مأمور بمراعاة المصلحة ولا مصلحة فى حمل الناس على فعل المكروه .

ومنها : أنه إذا تخير فى الأسرى بين القتل ، والرق ، والمن والفداء ، لم يكن له ذلك بالتشهى بل بالمصلحة . حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة يحبسهم إلى أن يظهر .

ومنها : أنه ليس له العفو عن القصاص مجانا ، لأنه خلاف المصلحة ، بل إن رأى المصلحة فى القصاص اقتص ، أو فى الدية أخذها .

ومنها : أنه ليس له أن يزوج امرأة بغير كفء ، وإن رضيت ، لأن حق الكفاءة للمسلمين وهو كالنائب عنهم ، فلا يقدر على إسقاطه .

ومنها : أنه لا يجيز وصية من لا وراث له بأكثر من الثلث .

ومنها . أنه لا يجوز له أن يقدم فى مال بيت المال غير الأحوج على الأحوج .

قال السبكى فى فتاويه . فلو لم يكن إمام ، فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى ، إذا قدر على ذلك ، ملت إلى أنه لا يجوز .

واستنبطت ذلك من حديث « إنما أنا قاسم ، والله المعطى » .

قال : ووجه الدلالة : أن التمليك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام ، فليس للإمام أن يملك أحدا إلا ما ملكه الله . وإنما وظيفة الإمام القسمة . والقسمة لا بد أن تكون بالعدل .

ومن العدل : تقديم الأحوج والتسوية بين متساوى الحاجات . فإذا قسم بينهما ودفعه إليهما ، علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع . وأن القسمة إنما هى معينة لما كان مبهما ، كما هو بين الشريكين ، فإذا لم يكن إمام وبدر أحدهما واستأثر به ، كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك ، ليس له ذلك .

قال : ونظير ذلك ما ذكره الماوردى فى باب التيمم : أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج ، فبدر الآخر وأخذ منه : أنه يكون مسيئا .

ومنها : وقع بعد السبعمائة ببلاد الصعيد ، أن عبدا انتهى الملك فيه لبيت المال فاشترى نفسه من وكيل بيت المال . فأفتى جلال الدين الدشناوى بالصحة ، فرفعت الواقعة إلى القاضى شمس الدين الأصبهانى فقال : لا يصح ، لأنه عقد عتاقة ، وليس لوكيل بيت المال أن يعتق عبد بيت المال .

قال ابن السبكى فى التوشيح : والصواب ما أفتى به الدشناوى ، فإن هذا العتق إنما وقع بعوض ، فلا تضييع فيه على بيت المال .

القاعدة السادسة

الحدود : تسقط بالشبهات

قال صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » أخرجه ابن عدى ؛ فى جزء له من حديث ابن عباس .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة « ادفعوا الحدود ما استطعتم » .

وأخرج الترمذى والحاكم والبيهقى وغيرهم من حديث عائشة «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجا ، فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » .

وأخرجه البيهقى عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفا .

وأخرج من حديث على مرفوعا « ادرءوا الحدود » فقط .

وقال مسدد فى مسنده : حدثنا يحيى القطان ، عن شعبة ، عن عاصم ، عن أبى وائل عن ابن مسعود . قال « ادرءوا الحدود بالشبهة » وهو موقوف ، حسن الإسناد .

وأخرج الطبرانى عنه موقوفا « ادرءوا الحدود ، والقتل عن عباد الله ما استطعتم » .

الشبهة تسقط الحد

سواء كانت فى الفاعل ، كمن وطىء امرأة ظنها حليلته أو فى المحل ، بأن يكون للواطىء فيها ملك أو شبهة . كالأمة المشتركة، والمكاتبة . وأمة ولده ومملوكته المحرم أو فى الطريق بأن يكون حلالا عند قوم ، حراما عند آخرين ، كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولى أو بلا شهود ، وكل نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوى . وإن كان الأصح تحريمه ، لشبهة الخلاف .

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء ، لاحتمال صدق بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا . وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة .

ولا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه وسيده ، وأصل سيده وفرعه ، لشبهة استحقاق النفقة وسرقة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه أو ابنه .

ولو ادعى كون المسروق ملكه . سقط القطع ، نص عليه للشبهة . وهو اللص الظريف ونظيره : أن يزنى بمن لا يعرف أنها زوجته . فيدعى أنها زوجته ، فلا حد .

ولا يقتل فاقد الطهورين بترك الصلاة متعمدا ، لأنه مختلف فيه . وكذا من مس أو لمس وصلى متعمدا وهو شافعى ، أو توضأ ولم ينو . ذكره القفال فى فتاويه .

ويسقط القصاص أيضا بالشبهة .

فلو قد ملفوفا وزعم موته ، صدق الولى ولكن تجب الدية دون القصاص للشبهة .

ولو قتل الحر المسلم : من لا يدرى ، أمسلم أو كافر ؟ وحر أو عبد ؟ فلا قصاص . للشبهة نقله فى أصل الروضة ، عن البحر .

تنبيه

الشبهة : لا تسقط التعزير ، وتسقط الكفارة

فلو جامع ناسيا فى الصوم أو الحج ، فلا كفارة للشبهة .

وكذا لو وطىء على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبان خلافه ، فإنه يفطر ولا كفارة .

قال القفال : ولا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة . فالتحقت فى الإسقاط بالحد ، وتسقط الإثم والتحريم ، إن كانت فى الفاعل دون المحل .

تنبيه

شرط الشبهة : أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها

ولهذا يحد بوطء أمة أباحها السيد ، ولا يراعى خلاف عطاء فى إباحة الجوارى للوطء وفى سرقة مباح الأصل ، كالحطب ونحوه . وفى القذف على صورة الشهادة .

ولو قتل مسلم ذميا ، فقتله ولى الذمى : قتل به وإن كان موافقا لرأى أبى حنيفة .

ومن شرب النبيذ يحد ، ولا يراعى خلاف أبى حنيفة .

القاعدة السابعة

الحر : لا يدخل تحت اليد

ولهذا : لو حبس حرا ، ولم يمنعه الطعام حتى مات حتف أنفه ، أو بانهدام حائط ونحوه لم يضمنه .

ولو كان عبدا ضمنه ، ولا يضمن منافعه . مادام فى حبسه ، إذا لم يستوفها ويضمن منافع العبد .

ولو وطىء حرة بشبهة فأحبلها ، وماتت بالولادة : لم تجب ديتها فى الأصح .

ولو كانت أمة وجب القيمة .

ولو طاوعته حرة على الزنا ، فلا مهر لها بالإجماع .

ولو طاوعته أمة : فلها المهر ، فى رأى لأن الحق للسيد ، فلا يؤثر إسقاطها ، وإن كان الأصح خلافه .

ولو نام عبد على بعير فقاده ، وأخرجه عن القافلة ، قطع ، أو حر فلا فى الأصح .

ولو وضع صبيا حرا فى مسبعة ، فأكله السبع ، فلا ضمان فى الأصح ، بخلاف ما لو كان عبدا .

ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها ، لا على الرجل ، لأن الحرة لا تدخل تحت اليد .

ولو أقام كل بينة : أنها زوجته ، لم تقدم بينة من هى تحته ، لما ذكرنا ، بل لو أقاما بينتين على خلية ، سقطتا .

ولو كان فى يد المدبر مال ، فقال : كسبته بعد موت السيد فهو لى ، وقال الوارث : بل قبله فهو لى ، صدق المدبر بيمينه لأن اليد له بخلاف دعواها الولد ، لأنها تزعم أنه حر والحر لا يدخل تحت اليد ، وثياب الحر وما فى يده من المال لا يدخل فى ضمان الغاصب لأنها فى يد الحر حقيقة ، وكذا لو كان صغيرا أو مجنونا على الأصح .

القاعدة الثامنة

الحريم له حكم ما هو حريم له

الأصل فى ذلك قوله ﷺ « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات ، فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه » الحديث ، أخرجه الشيخان .

قال الزركشى : الحريم يدخل فى الواجب ، والحرام والمكروه وكل محرم له حريم يحيط به ، والحريم : هو المحيط بالحرام ، كالفخذين فإنهما حريم للعورة الكبرى .

وحريم الواجب : مالا يتم الواجب إلا به .

ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله وغسل جزء من العضد ، والساق مع الذراع ، وستر جزء من السرة والركبة مع العورة ، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة ، وحرم الاستمتاع بما بين السرة والركبة فى الحيض لحرمة الفرج .

ضابط : كل محرم فحريمه حرام إلا صورة واحدة ، لم أر من تفطن لاستثنائها ، وهى دبر الزوجة ، فإنه حرام ، وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه ، وهو مابين الأليتين .

فصل : ويدخل فى هذه القاعدة حريم المعمور ، فهو مملوك لمالك المعمور فى الأصح ولا يملك بالإحياء قطعا .

وحريم المسجد ، فحكمه حكم المسجد ، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب ، ويجوز الاقتداء فيه بمن فى المسجد ، والاعتكاف فيه .

وضابط حريم المعمور : تعرضوا له فى باب إحياء الموات .

وأما رحبة المسجد فقال فى شرح المهذب ، قال صاحب الشامل والبيان : هى ما كان مضافا إلى المسجد ، وعبارة المحاملى : هى المتصلة به خارجه .

قال النووى : وهو الصحيح خلافا لقول ابن الصلاح إنها صحنه وقال البندنيجى : هى البناء المبنى بجواره متصلا به ، وقال القاضى أبو الطيب : هو ما حواليه ، وقال الرافعى الأكثرون على عد الرحبة منه ؛ ولم يفرقوا بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا ، وهو المذهب ؛ وقال ابن كج : إن انفصلت عنه فلا .

القاعدة التاسعة: إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولم يختلف مقصودهما ، دخل أحدهما في الآخر غالبا .

فمن فروع ذلك .

إذا اجتمع حدث وجنابة ، كفى الغسل على المذهب . كما لو اجتمع جنابة وحيض . ولو باشر المحرم فيما دون الفرج ، لزمته الفدية .

فلو جامع دخلت في الكفارة على الأصح ، بناء على تداخل الحدث في الجنابة .

ولو اجتمع حدث ونجاسة حكمية كفت لهما غسلة واحدة في الأصح ، عند النووى .

ولو جامع بلا حائل ، فعن المسعودى : أنه لا يوجب غير الجنابة واللمس : الذى يتضمنه يصير مغمورا به كخروج الخارج الذى يتضمنه الإنزال .

والأكثرون قالوا : يحصل الحدثان ، لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع بخلاف الخروج فإنه مع الإنزال .

ولو دخل المسجد وصلى الفرض دخلت فيه التحية .

ولو دخل الحرم محرما ، بحج فرض أو عمرة ، دخل فيه الإحرام لدخول مكة .

ولو طاف القادم عن فرض أو نذر ، دخـــل فيه طواف القدوم ، بخلاف مالو طاف للإفاضة لايدخل فيه طواف الوداع . لأن كلامنهما مقصود في نفسه ، ومقصودهما مختلف وبخلاف مالو دخل المسجد الحرام ، فوجدهم يصلون جماعة فصلاها ، فإنه لايحصل له تحية البيت ، وهو الطواف ، لأنه ليس من جنس الصلاة .

ولو صلى : عقيب الطواف فريضة ، حسبت عن ركعتى الطواف ؟ اعتبارا بتحية المسجد ؟ نص عليه في القديم ، وليس في الجديد ما يخالفه . وقال النووى : إنه المذهب .

ولو تعدد السهو في الصلاة : لم يتعدد السجود بخلاف جبرانات الإحرام ، لا تتداخل لأن القصد بسجود السهو رغم أنف الشيطان . وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة .

والمقصود بجبرانات الإحرام : جبر هتك الحرمة، فلكل هتك جبر فاختلف المقصود .

ولو زنا بكر ، أو شرب خمرا ، أو سرق مرارا . كفى حد واحد .

قال الرافعى : وهل يقال وجب لها حدود ، ثم عادت إلى حد واحد ، أو لم يجب إلا حد واحد ؟ وجعلت الزنيات كالحركات في زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين .

ولو زنا أو شرب ، فأقيم عليه بعض الحد . فعاد إلى الجريمة ، دخل الباقي في الحد الثاني .

وكذا لو زنا في مدة التغريب . غرب ثانيا ودخلت فيه بقية المدة .

ولو قذفه مرات : كفى حد واحد أيضا في الأصح .

ولو زنا وهو بكر ، ثم زنا وهو ثيب . فهل يكتفى بالرجم ؟ وجهان في أصل الروضة بلا ترجيح . وجه المنع : اختلاف جنسهما . لكن صحح البارزي في التميز : التداخل . بخلاف مالو سرق ، وزنى ، وشرب وارتد . فلا تداخل لاختلاف الجنس .

ولو سرق وقتل في المحاربة . فهل يقطع ، ثم يقتل ، أو يقتصر على القتل والصلب .

ويندرج حد السرقة في حد المحاربة ؟ وجهان في الروضة ، بلا ترجيح .

ولو وطئ في نهار رمضان مرتين ، لم تلزمه بالثاني كفارة ، لأنه لم يصادف صوما . بخلاف مالو وطئ في الإحرام ثانيا ، فإن عليه شاة . ولا تدخل في الكفارة لمصادفته إحراما لم يحل منه .

ولو لبس ثوبا مطيبا ، فرجح الرافعي لزوم فديتين . وصحح النووي واحدة لاتحاد الفعل وتبعية الطيب .

ولو قتل المحرم صيدا في الحرم . لزمه جزاء واحد ، وتداخلت الحرمتان في حقه لأنهما من جنس واحد ، كالقارن إذا قتل صيدا ، لزمه جزاء واحد ، وإن كان قد هتك به حرمة الحج والعمرة .

ولو أحرم المتمتع بالعمرة ، فجرح صيدا ثم أحرم بالحج ، فجرحه جرحا آخر ، ثم مات . فهل يلزمه جزاءان ؟

قال الشيخ أبو إسحاق في الملخص : هذه المسألة لا يعرف فيها نقل .

فلو كشط جلدة الرأس ، فلا فدية والشعر تابع .

قال الرافعي : وشبهوه بما لو أرضعت أم الزوج زوجته . يجب المهر ، ولو قتلها لم يجب .

ولو تكرر الوطء بشبهة واحدة ، تداخل المهر بخلاف ما إذا تعدد جنس الشبهة .

ولو وطىء بشبهة بكرا وجب أرش البكارة ولا تداخل لاختلاف الجنس والمقصود فإن أرش البكارة يجب إبلا . والمهر نقدا ، والأرش للجناية ، والمهر للاستمتاع .

ولو قطع كامل الأصابع يدا ناقصة إصبعا ؛ فإن لقط أصابعه الأربعة ، فله حكومة أربعة أخماس الكف ولا يتداخل ، لأنها ليست من جنس القصاص وله حكومة خمس الكف أيضا ، وإن أخذ دية الأصابع الأربع ، فلا حكومة لمنابتها من الكف ، لأنها من جنس الدية

فدخلت فيها ، وله حكومة خمس الكف لا ختلاف الجهة .

ولو أزال أطرافا ولطائف ، ثم مات سراية ؛ أو حز : دخلت فى دية النفس .

ولو كان أحد الفعلين عمدا والآخر خطأ ، فلا تداخل للاختلاف فإن دية العمد مثلثة حالة على الجانى ، ودية الخطأ مخمسة ، مؤجلة على العاقلة

ولو قطع الأجفان وعليها أهداب ، دخلت حكومتها فى ديتها ، وكذا تدخل حكومة الشعر فى دية الموضحة ، والشارب فى دية الشفة . والأظفار والكف . فى دية الأصابع . والسنخ فى دية السن . والذكر فى دية الحشفة ، والثدى : فى دية الحلمة ، على الأصح ، فى الكل .

وكذا حكومة قصبة الأنف فى دية المارن ، على ماقاله الإمام إنه الظاهر وصححه فى أصل الروضة . وقال فى المهمات : الفتوى على خلافه .

ولا يدخل أرش الجرح فى دية العقل ، ولا الأسنان فى اللحيين . ولا الموضحة فى الأذنين ، ولا حكومة جرح الصدر فى دية الثدى ، ولا العانة فى دية الذكر ، والشفرين لا ختلاف محل الجناية فيها .

ولو لزمها عدتا شخص من جنس ، بأن طلق ، ثم وطئ فى العدة . تداخلتا . بخلاف ما إذا كانتا لشخصين ، بأن وطئ غيره بشبهة ، فلا تداخل .

ولو كانتا لواحد ، واختلف الجنس ، بأن كانت الأولى بغير الحمل . والثانية به ، فوجهان ، أصحهما : التداخل . وقيل لا ، لاختلاف الجنس .

والوجهان مبنيان على أن التداخل فى العدد هل هو سقوط الأول ، والاكتفاء بالثانى، أو انضمام الأول للثانى ، فيؤديان بانقضاء مدة واحدة ؟ ، وفيه وجهان ، فعلى الأول : يتداخل . وعلى الثانى : لا .

وقد علمت ما أوردناه من الفروع . مع احترازنا عنه بقولنا « من جنس واحد » وبقولنا « ولم يختلف مقصودهما » وبقولنا « غالبا » .

القاعدة العاشرة

إعمال الكلام أولى من إهماله

من فروعه :

مالو أوصى بطبل ، وله طبل لهو ، وطبل حرب : صح ، وحمل على الجائز ، نص عليه .

وألحق به القاضى حسين : مالو كان له زق خمر ، وزق خل ، فأوصى بأحدهما ، صح ، وحمل على الخل .

ومنها : لو قال لزوجته وحمار : أحدكما طالق ، فإنها تطلق ، بخلاف مالو قال ذلك لها ، ولأجنبية . وقصد الأجنبية . يقبل فى الأصح . لكون الأجنبية من حيث الجملة قابلة .

ومنها : لو وقف على أولاده ، وليس له إلا أولادأولاد ، حمل عليهم . كما جزم به الرافعى. لتعذر الحقيقة . وصونا للفظ عن الإهمال .

ونظيره ما لو قال : زوجاتى طوالق . وليس له إلا رجعيات . طلقن قطعا ، وإن كان فى دخول الرجعية فى ذلك مع الزوجات خلاف .

ومنها : قال لزوجته : إن دخلت الدار أنت طالق ، بحذف الفاء ، فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول . صونا للفظ عن الإهمال .

وقال محمد بن الحسن ، صاحب أبى حنيفة : يقع ، لعدم صلاحية اللفظ للجزاء ، بسبب عدم الفاء، فحمل على الاستئناف . ونقل الرافعى : عدم الوقوع عن جماعة ، ثم نقل عن البوشنجى : أنه يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز، حكم به .

قال الأسنوى : وما قاله البوشنجى لا إشكال فيه ، إلا أنه يشعر بوجوب سؤاله .

ومنها : قال لزوجته فى مصر : أنت طالق فى مكة ، ففى الرافعى ، عن البويطى : أنها تطلق فى الحال ، وتبعه فى الروضة .

قال الأسنوى : وسببه أن المطلقة فى بلد مطلقة فى باقى البلاد .

قال : لكن رأيت فى طبقات العبادى ، عن البويطى : أنها لا تطلق ، حتى تدخل مكة .

قال : وهو متجه ، فإن حمل الكلام على فائدة أولى من لغائه .

قال : وقد ذكر الرافعى قبل ذلك بقليل ، عن إسماعيل البوشنجى مثله ، وأقره عليه .

ومنها : وقع فى فتاوى السبكى : أن رجلا وقف عليه ، ثم على أولاده ، ثم على أولادهم ونسله ، وعقبه ، ذكرا وأنثى « للذكر مثل حظ الأنثيين » على أن من توفى منهم عن ولد أو نسل ، عاد ما كان جاريا عليه من ذلك على ولده ، ثم على ولد ولده ، ثم على نسله على الفريضة ، وعلى أن من توفى من غير نسل ، عاد ما كان جاريا عليه ؛ على من فى درجته ، من أهل الوقف المذكور ، يقدم الأقرب إليه فالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيق والأخ من الأب ،

ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف ،وترك ولدا ، أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقي حيا إلى أن يصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور ، وقام في الاستحقاق مقام المتوفى . فإذا انقرضوا ، فعلى الفقراء .

وتوفى الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه : أحمد ، وعبد القادر ، ثم توفى عبد القادر ، وترك ثلاثة أولاد ، هم على ، وعمر ، ولطيفة ، وولدى ابنه محمد ، المتوفى في حياة والده . وهما: عبد الرحمن ، وملكة .

ثم توفى عمر من غير نسل ، ثم توفيت لطيفة ، وتركت بنتا تسمى فاطمة ، ثم توفى على وترك بنتا تسمى زينب ، ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة عن غير نسل . فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة ؟

فأجاب : الذي يظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه ، يقسم هذا الوقف على ستين جزءا لعبد الرحمن : منه اثنان وعشرون ، ولملكة : أحد عشر ، ولزينب : سبعة وعشرون ، ولا يستمر هذا الحكم في أعقابهما ، بل كل وقت بحسبه .

قال: وبيان ذلك : أن عبد القادر لما توفى انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة وهم : عمر وعلى ولطيفة : « للذكر مثل حظ الأنثيين » : لعلى خمساه ، ولعمر خمساه ، وللطيفة خمسه ، هذا هو الظاهر عندنا .

ويحتمل أن يقال : يشاركهم عبد الرحمن ، وملكة « ولدا محمد المتوفى في حياة أبيه ، ونزلا منزلة أبيهما » فيكون لهما السبعان . ولعلى السبعان . ولعمر السبعان . وللطيفة سبع

وهذا وإن كان محتملا ، فهو مرجوح عندنا . لأن الممكن في مأخذه ثلاثة أمور :

أحدها : أن مقصود الواقف . أن لا يحرم أحد من ذريته ، وهذا ضعيف لأن المقاصد إذا لم يدل عليها اللفظ ، لا تعتبر .

الثاني : إدخالهم في الحكم ، وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه ، لا بين الطبقتين جميعا . وهذا محتمل ، لكنه خلاف الظاهر .

وقد كنت ملت إليه مرة في وقف ، للفظ اقتضاه فيه ، لست أعممه في كل ترتيب .

الثالث : الاستناد إلى قول الواقف « إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء ،

قام ولده مقامه » وهذا أقوى . لكنه إنما يتم لو صدق على المتوفى فى حياة والده : أنه من أهل الوقف .

وهذه مسألة كان قد وقع مثلها فى الشام قبل التسعين وستمائة ،وطلبوا فيها نقلا . فلم يجدوه فأرسلوا إلى الديار المصرية يسألون عنها .

ولا أدرى ما أجابوهم . لكنى رأيت بعد ذلك فى كلام الأصحاب : فيما إذا وقف على أولاده على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أولاده . ومن مات ، ولا ولد له ، انتقل إلى الباقين من أهل الوقف ، فمات واحد عن ولد، انتقل نصيبه إليه ، فإذا مات آخر عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه ، وابن أخيه . لأنه صار من أهل الوقف .

فهذا التعليل يقتضى : أنه إنما صار من أهل الوقف بعد موت والده ، فيقتضى أن ابن عبد القادر المتوفى فى حياة والده ، ليس من أهل الوقف ، وأنه إنما يصدق عليه اسم أهل الوقف ، إذا آل إليه الاستحقاق .

قال : ومما يتنبه له ، أن بين « أهل الوقف » و « الموقوف عليه » عموما وخصوصا من وجه . فإذا وقف مثلا على زيد ، ثم عمرو ، ثم أولاده ، فعمرو موقوف عليه فى حياة زيد لأنه معين قصده الواقف بخصوصه . وسماه وعينه . وليس من أهل الوقف ، حتى يوجد شرط استحقاقه ، وهو موت زيد . وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق : كل واحد منهم من أهل الوقف ، ولا يقال فى كل واحد منهم : إنه موقوف عليه بخصوصه ، لأنه لم يعينه الواقف ، وإنما الموقوف عليه : جهة الأولاد كالفقراء .

قال : فتبين بذلك أن ابن عبد القادر ، والد عبد الرحمن ، لم يكن من أهل الوقف أصلا ولا موقوفا عليه ، لأن الواقف لم ينص على اسمه .

قال : وقد يقال : إن المتوفى فى حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينتقل هذا الاستحقاق إلى أولاده .

قال : وهذا قد كنت فى وقت أبحثه ، ثم رجعت عنه .

فإن قلت : قد قال الواقف « إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء » فقد سماه من أهل الوقف ، مع عدم استحقاقه ، فيدل على أنه أطلق « أهل الوقف » على من لم يصل إليه الوقف ، فيدخل محمد والد عبد الرحمن ، وملكة فى ذلك ، فيستحقان .

ونحن إنما نرجع فى الأوقاف إلى ما يدل عليه لفظ واقفها ، سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا.

قلت : لا نسلم مخالفة ذلك لما قلناه .

أما أولا فلأنه لم يقل : « قبل استحقاقه » وإنما قال قبل استحقاقه لشىء ، فيجوز أن يكون قد استحق شيئا صار به من أهل الوقف ، ويترقب استحقاقا من آخر فيموت قبله ، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه فى ذلك الشىء الذى لم يصل إليه .

ولو سلمنا أنه قال : « قبل استحقاقه » فيحتمل أن يقال : إن الموقوف عليه ، أو البطن الذى بعده ، وإن وصل إليه الاستحقاق . أعنى أنه صار من أهل الوقف : قد يتأخر استحقاقه إما لأنه مشروط بمدة : كقوله : فى كل سنة كذا ، فيموت فى أثنائها أو ما أشبه ذلك فيصح أن يقال : إن هذا من أهل الوقف ، وإلى الآن ما استحق من الغلة شيئا . إما لعدمها أو لعدم شرط الاستحقاق ، بمضى زمان ، أو غيره . فهذا حكم الوقف بعد موت عبد القادر .

فلما توفى عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه ، عملا بشرط الواقف لمن فى درجته فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثا . لعلى : الثلثان . وللطيفة : الثلث . ويستمر حرمان عبد الرحمن وملكة .

فلما ماتت لطيفة ، انتقل نصيبها ، وهو الثلث إلى بنتها . ولم ينتقل لعبد الرحمن ، وملكة شىء ، لوجود أولاد عبد القادر ، وهم يحجبونهم . لأنهم أولاده . وقد قدمهم على أولاد الأولاد ، الذين هم منهم .

فلما توفى على بن عبد القادر . وخلف بنته زينب . احتمل أن يقال : نصيبه كله ، وهو ثلثا نصيب عبد القادر لها . عملا بقول الواقف : « من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده » وتبقى هى وبنت عمتها مستوعبتين لنصيب جدها . لزينب ثلثاه . ولفاطمة ثلثه .

واحتمل أن يقال : إن نصيب عبد القادر كله يقسم الآن على أولاده ، عملا بقول الواقف : « ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده » فقد أثبت لجميع أولاد الأولاد استحقاقا بعد الأولاد . وإنما حجبنا عبد الرحمن وملكة ، وهما من أولاد الأولاد ، بالأولاد . فإذا انقرض الأولاد زال الحجب . فيستحقان . ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد أولاده . فلا يحصل لزينب جميع نصيب أبيها . وينقص ما كان بيد فاطمة ، بنت لطيفة وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد ، المستفاد من شرط الواقف : أن أولاد الأولاد بعدهم .

ولا شك أن فيه مخالفة لظاهر قوله « إن من مات فنصيبه لولده » فإن ظاهره يقتضى أن نصيب على لبنته زينب . واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة ، فخالفناه بهذا العمل فيهما جميعا . ولو لم نخالف ذلك ، لزمنا مخالفة قول الواقف : « إن بعد الأولاد يكون لأولاد الأولاد » ، وظاهره يشمل الجميع .

فهذان الظاهران تعارضا ، وهو تعارض قوى صعب . ليس فى هذا الوقف محز أصعب منه . وليس الترجيح فيه بالهين . بل هو محل نظر الفقيه . وخطر لى فيه طرق :

منها : أن الشرط المقتضى لاستحقاق أولاد الأولاد جميعهم متقدم فى كلام الواقف والشرط المقتضى لإخراجهم بقوله « من مات انتقل نصيبه لولده » متأخر . فالعمل بالمتقدم أولى ، لأن هذ ليس من باب النسخ ، حتى يقال : العمل بالمتأخر أولى .

ومنها : أن ترتيب الطبقات أصل ، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده : فرع وتفصيل لذلك الأصل . فكان التمسك بالأصل أولى .

ومنها : أن « من » صيغة عامة ، فقوله « من مات وله ولد » صالح لكل فرد منهم ، ولمجموعهم ، وإذا أريد مجموعهم ، كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد ، من مقتضيات هذا الشرط . فكان إعمالا له من وجه ، مع إعمال الأول ، وإن لم نعمل بذلك كان إلغاء للأول ، من كل وجه وهو مرجوح .

ومنها : إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وحرمانهم ، تعارضا لا ترجيح فيه ، فالإعطاء أولى . لأنه لا شك أقرب إلى غرض الواقفين .

ومنها : أن استحقاق زينب لأقل الأمرين . وهو الذى يخصها إذا شرك بينها وبين بقية أولاد الأولاد : محقق . وكذا فاطمة ، والزائد على المحقق فى حقها : مشكوك فيه ، ومشكوك فى استحقاق عبد الرحمن ، وملكة له . فإذا لم يحصل ترجيح فى التعارض بين اللفظين ، يقسم بينهم . فيقسم بين عبد الرحمن ، وملكة ، وزينب وفاطمة .

وهل يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون لعبد الرحمن : خمساه . ولكل من الإناث خمسه ، نظرا إليهم ، دون أصولهم ، أو ينظر إلى أصولهم ، فينزلون منزلتهم لو كانوا موجودين ، فيكون لفاطمة خمسه ، ولزينب خمساه ، ولعبد الرحمن وملكة خمساه؟ فيه احتمال .

وأنا إلى الثانى أميل . حتى لا يفضل فخذ على فخذ فى المقدار ، بعد ثبوت الاستحقاق .

فلما توفيت فاطمة ، من غير نسل ، والباقون من أهل الوقف : زينب بنت خالها ، وعبد الرحمن

وملكة ، ولدا عمها ، وكلهم فى درجتها . وجب قسم نصيبها بينهم .

لعبد الرحمن نصفه ، وللملكة ربعه ، ولزينب ربعه .

ولا نقول هنا : ننظر إلى أصولهم . لأن الانتقال من مساويهم ، ومن هو فى درجتهم فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى . فاجتمع لعبد الرحمن ، وملكة : الخمسان ، حصلا لهما بموت على . ونصف وربع الخمس ، الذى لفاطمة ، بينهما بالفريضة . فلعبد الرحمن خمس ، ونصف خمس ، وثلث خمس . وللملكة ثلثا خمس . وربع خمس . واجتمع لزينب الخمسان بموت والدها ، وربع خمس فاطمة ، فاحتجنا إلى عدد يكون له خمس ولخمسه ثلث وربع ، وهو ستون فقسمنا نصيب عبد القادر عليه لزينب وربع خمسه . وهو سبعة وعشرون ، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون . وهى خمس ونصف خمس وثلث خمس . وللملكة أحدعشر وهى ثلثا خمس وربع خمس

فهذا ما ظهر لى ، ولا أشتهى أحدا من الفقهاء يقلدنى . بل ينظر لنفسه ، انتهى كلام السبكى.

قلت : الذى يظهر لى اختياره أولا ، دخول عبد الرحمن وملكة ، بعد موت عبد القادر عملا بقوله « ومن مات من أهل الوقف الخ » .

وما ذكره السبكى : من أنه لا يطلق عليه أنه من أهل الوقف : ممنوع . وما ذكره فى تأويل قوله « قبل استحقاقه » خلاف الظاهر من اللفظ . وخلاف المتبادر إلى الأفهام .

بل صريح كلام الواقف : أنه أراد بأهل الوقف : الذى مات قبل استحقاقه ، لا الذى لم يدخل فى الاستحقاق بالكلية . ولكنه بصدد أن يصل إليه . وقوله «لشىء من منافع الوقف» دليل قوى لذلك ، فإنه نكرة فى سياق الشرط . وفى سياق كلام معناه النفى . فيعم . لأن المعنى لم يستحق شيئا من منافع الوقف . وهذا صريح فى رد التأويل الذى قاله .

ويؤيده أيضا ، قوله : « استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف » فهذه الألفاظ كلها صريحة فى أنه مات قبل الاستحقاق .

وأيضا : لو كان المراد ما قاله السبكى ، لاستغنى عنه بقوله أولا « على أن من مات عن ولد عاد ما كان جاريا عليه على ولده » فإنه يغنى عنه . ولا ينافى هذا اشتراطه الترتيب فى الطبقات بثم ، لأن ذاك عام ، خصصه هذا . كما خصصه أيضا قوله «على أن من مات عن ولد» إلى آخره .

وأيضا : فإنا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلية . وأن لا يعمل فى صورة . لأنه على هذا التقدير : إنما استحق عبد الرحمن وملكة لما استووا

فى الدرجة ، أخذا من قوله « عاد على من فى درجته » فبقى قوله « ومن مات قبل استحقاقه الخ » مهملا لا يظهر أثره فى صورة . بخلاف ما إذا أعملناه ، وخصصنا به عموم الترتيب . فإن فيه إعمالا للكلامين ، وجمعا بينهما وهذا أمر ينبغى أن يقطع به .

وحينئذ ، فنقول : لما مات عبد القادر قسم نصيبه بين أولاده الثلاثة ، وولدى ولده أسباعا . لعبد الرحمن ، وملكة : السبعان أثلاثا . فلما مات عمر ، عن غير نسل ، انتقل نصيبه إلى أخويه وولدى أخيه ، فيصير نصيب عبد القادر كلهم بينهم . لعلى خمسان ، وللطيفة خمس ، ولعبد الرحمن وملكة خمسان ، أثلاثا . ولما توفيت لطيفة انتقل نصيبها بكماله لبنتها فاطمة . ولما مات على انتقل نصيبه بكماله لبنته زينب . ولما توفيت فاطمة بنت لطيفة ، والباقون فى درجتها ، زينب وعبد الرحمن وملكة . قسم نصيبها بينهم « للذكر مثل حظ الأنثيين » اعتبارا بهم . لا بأصولهم . لما ذكر السبكى : لعبد الرحمن : نصف ولكل بنت ربع ، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمر : خمس وثلث ، وبموت فاطمة نصف خمس . وللملكة ، بموت عمر ثلثا خمس ، وبموت فاطمة : ربع خمس . ولزينب بموت على خمسان ، وبموت فاطمة ربع خمس . فيقسم نصيب عبد القادر ستين جزءا . لزينب سبعة وعشرون ، وهى خمسان وربع خمس ، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون ، وهى خمس ونصف وثلث . وللملكة أحد عشر ، وهى ثلثا خمس وربع

فصحت مما قاله السبكى ، لكن الفرق تقدم استحقاق عبد الرحمن ، وملكة . والجزم حينئذ بصحة هذه القسمة ، والسبكى تردد فيها ، وجعلها من باب قسمة المشكوك فى استحقاقه ونحن لا نتردد فى ذلك .

وسئل السبكى أيضا : عن رجل وقف على حمزة ، ثم أولاده ، ثم أولادهم . وشرط أن من مات من أولاده انتقل نصيبه للمستحقين من إخوته ومن مات قبل استحقاقه لشىء من منافع الوقف ، وله ولد ، استحق ولده ما كان يستحقه المتوفى ، لو كان حيا .

فمات حمزة ، وخلف ولدين ، وهما عماد الدين ، وخديجة . وولد ولد ، مات أبوه فى حياة والده ، وهو : نجم الدين بن مؤيد الدين بن حمزة ، فأخذ الوالدان نصيبهما . وولد الولد النصيب الذى لو كان أبوه حيا لأخذه . ثم ماتت خديجة ، فهل يختص أخوها بالباقى ، أو يشاركه ولد أخيه نجم الدين ؟ .

فأجاب : تعارض فيه اللفظان ، فيحتمل المشاركة . ولكن الأرجح اختصاص الأخ ويرجحه : أن التنصيص على الإخوة وعلى المستحقين منهم : كالخاص . وقوله : « ومن مات قبل الاستحقاق » كالعام . فيقدم الخاص على العام .

تنبيه : قال السبكى ، وولده : محل هذه القاعدة : أن يستوى الإعمال والإهمال بالنسبة إلى الكلام . أما إذا بعد الإعمال عن اللفظ ، وصار بالنسبة إليه كاللغز فلا يصير راجحا .

ومن ثم : لو أوصى بعود من عيدانه وله عيدان لهو ، وعيدان قسى ، وبناء . فالأصح بطلان الوصية [illegible] على عيدان اللهو . لأن اسم العود عند الإطلاق له واستعماله فى غيره مرجوح [illegible] لوقوعه على الجميع وقوعا واحدا . كذا فرق الأصحاب بين المسألتين .

ولو قال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتى : لم يصح على الأصح . لكثرة الفواطم .

فصل

[illegible] فى هذه القاعدة : قاعدة « التأسيس أولى من التأكيد »

[illegible] اللفظ بينهما : تعين حمله على التأسيس .

[illegible]

[illegible] قال : أنت طالق . أنت طالق . ولم ينو شيئا ، فالأصح الحمل على الاستئناف .

[illegible] لزوجته : إن ظاهرت من فلانة الأجنبية ، فأنت على كظهر أمى ، ثم تزوج [illegible] ، فهل يصير مظاهرا من الزوجة الأولى ؟ وجهان . أصحهما فى التنبيه : لا . [illegible] . فكأنه علق ظهاره على ظهاره من تلك ، حال كونها أجنبية ، وذلك [illegible] ظهارا شرعيا . والثانى : نعم . ويجعل الوصف بقوله « الأجنبية » ، [illegible] ؛ وهذا هو الأصح عند النووى .

القاعدة الحادية عشرة

« الخراج بالضمان »

[illegible] أخرجه الشافعى ، وأحمد ، وأبوداود ، والترمذى ، والنسائى وابن [illegible] عائشة . وفى بعض طرقه ذكر السبب . وهو «أن رجلا ابتاع عبدا ، [illegible] أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبى ﷺ ؛ فرده عليه . فقال

الرجل : يارسول الله ، قد استعمل غلامي . فقال الخراج بالضمان » .

قال أبو عبيد : الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زمانا ، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع ، فيرده ، ويأخذ جميع الثمن . ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان في ضمانه. ولو هلك هلك من ماله ، انتهى .

وكذا قال الفقهاء : معناه ما خرج من الشيء : من غلة ، ومنفعة ، وعين ، فهو للمشترى عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه . فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

وقد ذكروا هنا سؤالين .

أحدهما : لو كان الخراج في مقابلة الضمان ؛ لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ، ثم العقد ، أو انفسخ ، لكونه من ضمانه ، ولا قائل به .

وأجيب : بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك . وبعده به ، وبالضمان معا . واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه، واستبعاده أن الخراج للمشترى.

الثاني : لو كانت العلة : الضمان ، لزم أن يكون الزوائد للغاصب ، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره . وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله « إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب » .

وأجيب : بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو مالكه ، إذا تلف تلف على ملكه ، وهو المشترى ، والغاصب لا يملك المغصوب . وبأن الخراج : هو المنافع ، جعلها لمن عليه الضمان . ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المغصوب بل إذا أتلفها ، فالخلاف في ضمانها عليه ، فلا يتناول موضع الخلاف .

نعم : خرج عن هذا مسألة ، وهي مالو أعتقت المرأة عبدا . فإن ولاءه يكون لابنها ولو جنى جناية خطأ ، فالعقل على عصبتها ، دونه ، وقد يجيء مثله في بعض العصبات، يعقل ولا يرث.

القاعدة الثانية عشرة

« الخروج من الخلاف مستحب »

فروعها كثيرة جدا ، لا تكاد تحصى :

فمنها : استحباب الدلك في الطهارة ، واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل المني بالماء ، والترتيب في قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء خلف القضاء ، وعكسه ، والقصر في سفر

يبلغ ثلاث مراحل ، وتركه فيما دون ذلك ، وللملاح الذى يسافر بأهله وأولاده ، وترك الجمع. وكتابة العبد القوى المكسوب ، ونية الإمامة . واجتناب استقبال القبلة واستدبارها مع الساتر، وقطع المتيمم الصلاة إذا رأى الماء ؛ خروجا من خلاف من أوجب الجميع.

وكراهة الحيل فى باب الربا . ونكاح المحلل خروجا من خلاف من حرمه .

وكراهة صلاة المنفرد خلف الصف ، خروجا من خلاف من أبطلها .

وكذا كراهة مفارقة الإمام بلاعذر ، والاقتداء فى خلال الصلاة ؛ خروجا من خلاف من لم يجز ذلك .

تنبيه :

لمراعاة الخلاف شروط :

أحدها : أن لايوقع مراعاته فى خلاف آخر .

ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، ولم يراع خلاف أبى حنيفة . لأن من العلماء من لايجيز الوصل .

الثانى : أن لايخالف سنة ثابتة ؛ ومن ثم سن رفع اليدين فى الصلاة ، ولم يبال برأى من قال بإبطاله الصلاة من الحنفية ، لأنه ثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، من رواية نحو خمسين صحابيا .

الثالث : أن يقوى مدركه ؛ بحيث لايعد هفوة .

ومن ثم كان الصوم فى السفر أفضل لمن قوى عليه ؛ ولم يبال بقول داود : إنه لايصح .

وقد قال إمام الحرمين فى هذه المسألة : إن المحققين لايقيمون لخلاف أهل الظاهر وزنا .

تنبيه : شكك بعض المحققين على قولنا بأفضلية الخروج من الخلاف . فقال . الأولوية والأفضلية ، إنما تكون حيث سنة ثابتة . وإذا اختلفت الأمة على قولين : قول بالحل ؛ وقول بالتحريم ، واحتاط المستبرىء لدينه ، وجرى على الترك ؛ حذرا من ورطات الحرمة لا يكون فعله ذلك سنة ، لأن القول بأن هذا الفعل يتعلق به الثواب من غير عقاب على الترك ، لم يقل به أحد، والأئمة كما ترى بين قائل بالإباحة ، وقائل بالتحريم . فمن أين الأفضلية ؟ .

وأجاب ابن السبكى : بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه ، بل لعموم الاحتياط

والاستبراء للدين ، وهو مطلوب شرعا مطلقا ، فكان القول بأن الخروج من الخلاف أفضل، ثابتا من حيث العموم ، واعتماده من الورع المطلوب شرعا .

خاتمة : من فروع هذه القاعدة ، فى العربية :

إذا دار الأمر فى ضرورة الشعر ، أو التناسب ، بين قصر الممدود ومد المقصور ، فالأول أولى ، لأنه متفق على جوازه ، والثانى مختلف فيه ،

القاعدة الثالثة عشر

« الدفع أقوى من الرفع »

ولهذا : الماء المستعمل ، إذا بلغ قلتين ، فى عوده طهورا ، وجهان .

ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملا ، بلاخلاف .

والفرق أن الكثرة فى الابتداء دافعة ، وفى الأثناء رافعة . والدفع أقوى من الرفع .

ومن ذلك : للزوج منع زوجته من حج الفرض ، ولو شرعت فيه بغير إذنه ، ففى جواز تحليلها قولان .

ووجود الماء قبل الصلاة للمتيمم ، يمنع الدخول فيها ، وفى أثنائها لايبطلها ، حيث تسقط به.

واختلاف الدين ـ المانع من النكاح ـ يدفعه ابتداء ، ولا يرفعه فى الأثناء ، بل يوقف على انقضاء العدة .

والفسق : يمنع انعقاد الإمامة ابتداء ، ولو عرض فى الأثناء ، لم ينعزل .

القاعدة الرابعة عشرة

« الرخص لاتناط بالمعاصى »

ومن ثم لايستبيح العاصى بسفره شيئا من رخص السفر : من القصر والجمع والفطر والمسح ثلاثا ، والتنفل على الراحلة ، وترك الجمعة ؛ وأكل الميتة ؛ وكذا التيمم ؛ على وجه اختاره السبكى ، ويأثم بترك الصلاة إثم تارك لها ، مع إمكان الطهارة ، لأنه قادر على استباحة التيمم بالتوبة . والصحيح أنه يلزمه التيمم لحرمة الوقت ، ويلزمه الإعادة لتقصيره بترك التوبة .

ولو وجد العاصى بسفره ماء ، واحتاج إليه للعطش ، لم يجزله التيمم بلاخلاف ؛

وكذا من به مرض وهو عاص بسفره ؛ لأنه قادر على التوبة .

قال القفال فى شرح التلخيص : فإن قيل : كيف حرمتم أكل الميتة على العاصى بسفره مع أنه مباح للحاضر فى حال الضرورة ، وكذا من به مرض يجوز له التيمم فى الحضر ؟ .

فالجواب : أن ذلك ـ وإن كان مباحا فى الحضر عند الضرورة ـ لكن سفره سبب لهذه الضرورة ، وهو معصية ، فحرمت عليه الميتة فى الضرورة ، كما لو سافر لقطع الطريق ، فجرح لايجوز له التيمم لذلك الجرح ، مع أن الحاضر الجريح يجوز له .

فإن قيل : تحريم الميتة والتيمم يؤدى إلى الهلاك .

فالجواب : أنه قادر على استباحته بالتوبة ، انتهى .

وهل يجوز للعاصى بسفره : مسح المقيم : وجهان . أصحهما : نعم لأن ذلك جائز بلا سفر .

والثانى : لا ، تغليظا عليه ، كأكل الميتة .

وحكى الوجهان فى العاصى بالإقامة ، كعبد أمره سيده بالسفر ، فأقام .

قال فى شرح المهذب : والمشهور : القطع بالجواز .

وطرد الإصطخرى القاعدة فى سائر الرخص ، فقال : إن العاصى بالإقامة لا يستبيح شيئا منها .

وفرق الأكثرون بأن الإقامة نفسها ليست معصية ، لأنها كف ، وإنما الفعل الذى يوقعه فى الإقامة معصية . والسفر فى نفسه معصية .

ومن فروع القاعدة :

لو استنجى بمحترم أو مطعوم ، لا يجزئه فى الأصح ، لأن الاقتصار على الحجر رخصة فلايناط بمعصية .

ومنها : لواستنجى بذهب أوفضة ، ففى وجه لايجزيه ، لأنه رخصة واستعمال النقد حرام ، والصحيح الإجزاء .

ومنها : لو لبس خفا مغصوبا . ففى وجه لايمسح عليه ؛ لأنه رخصة لمشقة النزع ، وهذا عاص بالترك واستدامة اللبس ، والصحيح الجواز كالتيمم بتراب مغصوب ، فإنه يجوز ، مع أن التيمم رخصة

قال البلقيني : ونظيره المسح على خف مغصوب : غسل الرجل المغصوبة في الوضوء .

وصورته : أن يجب عليه التمكين من قطعها في قصاص أو سرقة ، فلا يمكن من ذلك .

ولو لبس خفا من ذهب أو فضة ، ففيه الوجهان في المغصوب .

وقطع المتولي هنا بالمنع ، لأن التحريم هنا : لمعنى في نفس الخف ، فصار كالذي لا يمكن متابعة المشي عليه .

قال في شرح المهذب : وينبغي أن يكون الحرير مثله .

ولو لبس المحرم الخف ، فلا نقل فيه عندنا ، والمصحح عند المالكية : أنه ليس له المسح وهو ظاهر ، فإن المعصية هنا في نفس اللبس .

ثم رأيت الإسنوي ذكر المسألة في ألغازه وقال : إن المتجه المنع جزما ، ولا يتخرج على الخلاف في المغصوب ونحوه ؛ فإن المنع هناك بطريق العرض ، لا لمعنى في اللبس ، ولهذا يلبس غيره ، ويمسح عليه .

وأما المحرم : فقام به معنى آخر ، أخرجه عن أهلية المسح لا متناع اللبس مطلقا .

ومنها : لو جن المرتد ، وجب عليه قضاء صلوات أيام الجنون أيضا ، بخلاف ما إذا حاضت المرتدة لا تقضى صلوات أيام الحيض ، لأن سقوط القضاء عن الحائض عزيمة وعن المجنون رخصة ، والمرتد ليس من أهل الرخصة .

ومنها : لو شربت دواء فأسقطت ، ففي وجه تقضى صلوات أيام النفاس ، لأنها عاصية ، والأصح : لا ، لأن سقوط القضاء عن النفساء عزيمة لا رخصة .

ومنها : لو ألقى نفسه ، فانكسرت رجله وصلى قاعدا ، ففي وجه : يجب القضاء لعصيانه ، والأصح : لا .

ومنها : يجوز تقديم الكفارة على الحنث رخصة ، فلو كان الحنث بمعصية فوجهان ، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي .

ومنها : لو صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم ، ففي وجه : تجب الإعادة لعصيانه والأصح : لا ، لأنه فاقد .

ومنها : إذا حكمنا بنجاسة جلد الآدمي بالموت ؛ ففي وجه : لا يطهر بالدباغ ، لأن استعماله معصية ، والرخص لا تناط بالمعاصي ، والأصح . أنه يطهر كغيره وتحريمه ليس لعينه ، بل للامتهان على أي وجه كان ، ولأنه يحرم استعماله ، وإن قلنا بطهارته .

تنبيه

معنى قولنا « الرخص : لاتناط بالمعاصى »

أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شىء ، نظر فى ذلك الشىء ، فإن كان تعاطيه فى نفسه حراما ، امتنع معه فعل الرخصة ، وإلا فلا ، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه .

فالعبد الآبق ، والناشزة ، والمسافر للمكس ، ونحوه . عاص بالسفر . فالسفر نفسه معصية والرخصة منوطة به مع دوامه ، ومعلقة ، ومترتبة عليه ترتب المسبب على السبب فلا يباح .

ومن سافر مباحا ، فشرب الخمر فى سفر ، فهو عاص فيه ، أى مرتكب المعصية فى السفر المباح ؛ فنفس السفر : ليس معصية ، ولا آثما به فتباح فيه الرخص ، لأنها منوطة بالسفر ، وهو فى نفسه مباح . ولهذا جاز المسح على الخف المغصوب ، بخلاف المحرم ، لأن الرخصة منوطة باللبس ، وهو المحرم معصية ، وفى المغصوب ليس معصية لذاته ، أى لكونه لبسا ، بل للاستيلاء على حق الغير ، ولذا لو ترك اللبس ، لم تزل المعصية ، بخلاف المحرم .

القاعدة الخامسة عشرة

« الرخص لاتناط بالشك »

ذكرها الشيخ تقى الدين السبكى ، وفرع عليها :

أنه إذا غسل إحدى رجليه وأدخلها ، لا يستبيح ، لأنه لم يدخلهما طاهرتين ،

ومن فروعها :

وجوب الغسل : لمن شك فى جواز المسح .

ووجوب الإتمام لمن شك فى جواز القصر ، وذلك فى صور متعددة .

القاعدة السادسة عشرة

« الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه »

وقريب منها قاعدة « المتولد من مأذون فيه لا أثر له »

ومن فروعها :

رضى أحد الزوجين بعيب صاحبه ؛ فزاد : فلا خيار له على الصحيح .

ومنها : أذن المرتهن للراهن فى ضرب العبد المرهون . فهلك فى الضرب . فلاضمان لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن فى الوطء فأحبل .

ومنها : قال مالك أمره : اقطع يدى ، ففعل ، فسرى . فهدر ، على الأظهر .

ومنها : لوقطع قصاصا ، أوحدا ، فسرى . فلاضمان .

ومنها : تطيب قبل الإحرام ، فسرى إلى موضع آخر بعد الإحرام . فلافدية فيه .

ومنها : محل الاستجمار معفو عنه ، فلو عرق فتلوث منه . فالأصح العفو .

ومنها : لوسبق ماء المضمضة ، أو الاستنشاق إلى جوفه ، ولم يبالغ . لم يفطر فى الأصح بخلاف ما إذا بالغ ، لأنه تولد من منهى عنه .

ويستثنى من القاعدة :

ما كان مشروطا بسلامة العاقبة ، كضرب المعلم ، والزوج ، والولى ، وتعزير الحاكم وإخراج الجناح ، ونحو ذلك .

القاعدة السابعة عشرة

« السؤال معاد فى الجواب »

فلو قيل له على وجه الاستخبار : أطلقت زوجتك ؟ فقال نعم . كان إقرارا به ، يؤاخذ به فى الظاهر . ولو كان كاذبا .

ولو قيل ذلك على وجه التماس الإنشاء ، فاقتصر على قوله ، نعم ، فقولان .

أحدهما : أنه كناية لايقع إلا بالنية .

والثانى ، وهو الأصح صريح ، لأن السؤال معاد فى الجواب ، فكأنه قال : طلقتها وحينئذ : لايقدح كونه صريحا فى حصرهم ألفاظ الصريح فى الطلاق ، والفراق ، والسراح . ولو قالت : أبنى بألف ، فقال : أبنتك ونوى الزوج الطلاق دونها . فوجهان .

أحدهما : لايقع الطلاق ، لأن كلامه جواب على سؤالها ، فكأن المال معاد فى الجواب ، وهى لم يوجد منها القبول . لعدم نية الفراق ، وهو إنما رضى بعوض . وهذا ماصححه الإمام .

والثانى : أنه يقع رجعيا . ويحمل ذلك على ابتداء خطاب منه ، لأنه مستقل بنفسه ، ورجحه البغوى .

ومن فروع القاعدة مسائل الإقرار كلها .

إذا قال : لى عندك كذا ، فقال : نعم ، أوليس عليك كذا ، فقال : بلى ، أوقال أجل فى الصورتين ، فهو إقرار بما سأله عنه .

ولو قال : لى عليك مائة ، فقال : إلا درهما ، ففى كونه مقرا بماعدا المستثنى وجهان . أصحهما : المنع ، لأن الإقرار لايثبت بالمفهوم .

القاعدة الثامنة عشرة

« لا ينسب لساكت قول »

هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه ، ولهذا لوسكت عن وطء أمته . لايسقط المهر قطعا ، أوعن قطع عضو منه ، أو إتلاف شىء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه ، بلاخلاف ، بخلاف مالو أذن فى ذلك .

ولوسكتت الثيب عند الاستئذان فى النكاح . لم يقم مقام الإذن قطعا .

ولو علم البائع بوطء المشترى الجارية فى مقدار مدة الخيار . لا يكون إجازة فى الأصح .

ولو حمل من مجلس الخيار ، ولم يمنع من الكلام . لم يبطل خياره فى الأصح .

وخرج عن القاعدة صور :

منها : البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبة والحاكم فى الأصح .

ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب ، بعد عرض اليمين عليه ، يجعله كالمنكر الناكل . وترد اليمين على المدعى .

ومنها : لونقض بعض أهل الذمة . ولم ينكر الباقون بقول ، ولا فعل ، بل سكتوا انتقض فيهم أيضا .

ومنها : لو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره ، وسكت عنه ضمنه .

ومنها : إذا سكت المحرم ، وقد حلقه الحلال مع القدرة على منعه . لزمه الفدية فى الأصح .

ومنها : لوباع العبد البالغ ، وهو ساكت . صح البيع ، ولايشترط أن يعترف بأن البائع سيده فى الأصح .

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه فى الأصح .

ومنها : مسائل أخر . ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني ، أكثرها على ضعيف، وبعضها اقترن به فعل مقام النطق ، وبعضها فيه نظر.

القاعدة التاسعة عشرة

«ما كان أكثر فعلا ، كان أكثر فضلا»

أصله قوله ﷺ لعائشة « أجرك على قدر نصبك » رواه مسلم .

ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، لزيادة النية ، والتكبير ، والسلام .

وصلاة النفل قاعدا على النصف من صلاة القائم . ومضطجعا على النصف من القاعد .

وإفراد النسكين أفضل من القران .

وخرج عن ذلك صور :

الأولى : القصر أفضل من الإتمام بشرطه .

الثانية : الضحى أفضلها ثمان ، وأكثرها : ثنتا عشرة . والأول أفضل ، تأسيا بفعله صلى الله عليه وسلم .

الثالثة : الوتر بثلاث . أفضل منه بخمس ، أوسبع ، أوتسع ، على ماقاله في البسيط تبعا لشيخه إمام الحرمين ، وهو ضعيف ، والمجزوم به في شرح المهذب خلافه ، وإن كان الأكثر أفضل منه ، ونقله ابن الرفعة عن الروياني ، وأبي الطيب .

وقال ابن الأستاذ : ينبغي القطع به .

الرابعة : قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة ، وإن طال ، كما قاله المتولي، لأنه المعهود من فعله ﷺ غالبا .

الخامسة : الصلاة مرة في الجماعة أفضل من فعلها وحده خمسا وعشرين مرة .

السادسة : صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات ، مع أنها أقصر من غيرها .

السابعة : ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر ، على الجديد ، بل من التهجد في الليل ، وإن كثرت ركعاته . ذكره في المطلب .

قال : ولعل سببه انسحاب حكمها على ماتقدمها .

الثامنة : تخفيف ركعتي الفجر ، أفضل من تطويلهما .

التاسعة صلاة العيد ، أفضل من صلاة الكسوف ، مع كونها أشق ، وأكثر عملا .

العاشرة : الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات ، والفصل بغرفتين . أفضل منه بست .

الحادية عشرة : التصدق بالأضحية بعد أ كل لقم يتبرك بها أفضل من التصدق بجميعها .

الثانية عشرة الإحرام من الميقات أفضل منه من دويرة أهله فى الأظهر .

الثالثة عشرة : الحج ، والوقوف راكبا أفضل منه ماشيا ، تأسيا بفعله ﷺ فى الصورتين .

تنبيه : أنكر الشيخ عز الدين كون الشاق أفضل . وقال : إن تساوى العملان من كل وجه فى الشرف ، والشرائط ، والسنن ، كان الثواب على أشقهما أكثر ، كاغتسال فى الصيف والشتاء ، سواء فى الأفعال ، ويزيد أجر الاغتسال فى الشتاء بتحمل مشقة البرد ، فليس التفاوت فى نفس العملين ، بل فيما لزم عنهما .

وكذلك مشاق الوسائل ، كقاصد المساجد ، أو الحج أو العمرة من مسافة قريبة ، وآخر من بعيد ، فإن ثوابهما يتفاوت بتفاوت الوسيلة ، ويتساويان من جهة القيام بأصل العبادة ، وإن لم يتساو العملان ، فلا يطلق القول بتفضيل أشقهما . بدليل أن الإيمان أفضل الأعمال ، مع سهولته وخفته على اللسان ، وكذلك الذكر ، على ما شهدت به الأخبار ، وكذلك إعطاء الزكاة مع طيب النفس ، أفضل من إعطائها مع البخل ، ومجاهدة النفس ، وكذلك جعل النبى ﷺ الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام البررة ، وجعل الذى يقرؤه ويتتعتع فيه ، وهو عليه شاق له أجران .

القاعدة العشرون

« المتعدى أفضل من القاصر »

ومن ثم قال الأستاذ أبو إسحاق ، وإمام الحرمين ، وأبوه : القائم بفرض الكفاية مزية على العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة .

وقال الشافعى : طلب العلم ، أفضل من صلاة النافلة .

وأنكر الشيخ عز الدين هذا الإطلاق أيضا . وقال : قد يكون القاصر أفضل كالإيمان .
وقد قدم النبى ﷺ التسبيح عقب الصلاة على الصدقة . وقال : « خير أعمالكم الصلاة » .
وسئل « أى الأعمال أفضل ؟ فقال : إيمان بالله ، ثم جهاد فى سبيل الله ، ثم حج مبرور » وهذه كلها قاصرة .

ثم اختار تبعا للغزالى فى الإحياء : أن أفضل الطاعات على قدر المصالح الناشئةعنها .

القاعدة الحادية والعشرون

«الفرض أفضل من النفل»

قال ﷺ فيما يحكيه عن ربه « وما تقرب إلى المتقربون بمثل أداء ما افترضت عليهم » رواه البخارى .

قال إمام الحرمين : قال الأئمة : خص الله نبيه ﷺ بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه ، فإن ثواب الفرائض يزيد على ثواب المندوبات بسبعين درجة .

وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسى رضى الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال فى شهر رمضان « من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ، ومن أدى فريضة فيه، كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه » فقابل النفل فيه بالفرض فى غيره ، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضا فى غيره ، فأشعر هذا بطريق الفحوى أن الفرض يزيد على النفل سبعين درجة اه.

قال ابن السبكى : وهذا أصل مطرد لاسبيل إلى نقضه بشىء من الصور.

وقد استثنى .

فروع : أحدها : إبراء المعسر . فإنه أفضل من إنظاره ، وإنظاره واجب ، وإبراؤه مستحب .

وقد انفصل عنه التقى السبكى بأن الإبراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم ، لكونه تأخيرا للمطالبة ، فلم يفضل ندب واجبا ، وإنما فضل واجب . وهوالإنظار الذى تضمنه الإبراء ، وزيادة « وهو خصوص الإبراء » واجبا آخر . وهو مجرد الإنظار .

قال ابنه : أويقال : إن الإبراء محصل لمقصود الإنظار وزيادة ، من غير اشتماله عليه .

قال : وهذا على تقدير تسليم أن الإبراء أفضل . وغاية ما استدلوا عليه بقوله تعالى (وأن تصدقوا خير لكم) ، وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام ، فلا يكون دليلا على أن الإبراء أفضل، ويتطرق من هذا إلى أن الإنظار أفضل : لشدة ماينال المنظر من ألم الصبر ، مع تشويف القلب. وهذا فضل ليس فى الإبراء الذى انقطع فيه اليأس .

الثانى : ابتداء السلام ، فإنه سنة : والردواجب ، والابتداء أفضل ، لقوله ﷺ «وخيرهما الذى يبدأ صاحبه بالسلام » .

وحكى القاضى حسين فى تعليقه وجهين : فى أن الابتداء أفضل أو الجواب .

ونوزع فى ذلك بأنه ليس فى الحديث : أن الابتداء أفضل من الجواب ، بل إن المبتدىء خير من المجيب . وذلك لأن المبتدىء فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة . وهى الجواب مع مادل عليه الابتداء من حسن الطوية ، وترك الهجر والجفاء ، الذى كرهه الشارع .

الثالث : قال ابن عبد السلام : صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس الواجب فعلها على من ترك واحدة منها ، ونسى عينها .

قلت : لم أر من تعقبه ، وهو أولى بالتعقب من الأولين . وما ذكره من أن صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس المذكورة ، فيه نظر . والذى يظهر : أنها إن لم تزد عليها فى الثواب لا تنقص عنها .

الرابع : الأذان سنة وهو على مارجحه الإمام النووى : أفضل من الإمامة ، وهى فرض كفاية ، أو عين .

وقد سئل عن ذلك السبكى فى الحلبيات .

فأجاب بوجوه :

منها : أنه لا يلزم من كون الجماعة فرضا كون الإمامة فرضا . لأن الجماعة : تتحقق بنية المأموم الائتمام ، دون نية الإمام .

ولو نوى الإمام فنيته محصلة لجزء الجماعة . والجزء هنا : ليس مما يتوقف عليه الكل لما بيناه ، فلم يلزم وجوبه ، وإذا لم يلزم ذلك لم يلزم القول بأن الإمامة فرض كفاية ، فلم يحصل تفضيل نفل على فرض ، وإنما نية الإمام شرط فى حصول الثواب له .

ومنها : أن الجماعة صفة للصلاة المفروضة ، والأذان عبادة مستقلة ، والقاعدة المستقرة فى أن الفرض أفضل من النفل فى العبادتين المستقلتين أو فى الصفتين .

أما فى عبادة ، وصفة ، فقد تختلف .

ومنها : أن الأذان والجماعة جنسان ، والقاعدة المستقرة فى أن الفرض أفضل من النفل فى الجنس الواحد .

أما فى الجنسين : فقد تختلف ، فإن الصنائع والحرف فروض كفايات ، ويبعد أن يقال : إن واحدة من رذائلها أفضل من تطوع الصلاة ، وإن سلم أنه أفضل من جهة أن فيه خروجا من الإثم ، ففى تطوع الصلاة من الفضائل ماقد يجبر ذلك ، أو يزيد عليه ، وجنس الفرض

أفضل من جنس النفل

وقد يكون في بعض الجنس المفضول مايربو على بعض أفراد الجنس الفاضل ، كتفضيل بعض النساء على بعض الرجال .

وإذا تؤمل ماجمعه الأذان من الكلمات العظيمة ومعانيها ودعوتها ظهر تفضيله وأنى يدانيه صناعة ؟ قيل : إنها فرض كفاية .

الخامس : الوضوء قبل الوقت سنة وهو أفضل منه في الوقت صرح به القمولى فى الجواهر وإنما يجب بعد الوقت .

وقلت قديما :

الفرض أفضل من تطوع عابد حتى ولو قد جاء منه بأكثر
إلا التطهر قبل وقت وابتدا ء للسلام كذاك إبرا معسر

القاعدة الثانية والعشرون

« الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها »

قال في شرح المهذب : هذه قاعدة مهمة صرح بها جماعة من أصحابنا وهى مفهومة من كلام الباقين .

ويتخرج عليها مسائل مشهورة :

منها : الصلاة فى جوف الكعبة أفضل من الصلاة خارجها فإن لم يرج فيها الجماعة . وكانت خارجها فالجماعة خارجها أفضل .

ومنها : صلاة الفرض فى المسجد أفضل منه فى غيره .

فلو كان مسجد لا جماعة فيه وهناك جماعة فى غيره فصلاتها مع الجماعة خارجه أفضل من الانفراد فى المسجد .

ومنها : صلاة النفل فى البيت أفضل منها فى المسجد لأن فعلها فى البيت فضيلة تتعلق بها ، فإنه سبب لتمام الخشوع والإخلاص . وأبعد من الرياء وشبهه حتى إن صلاة النفل فى بيته أفضل منها فى مسجد النبي ﷺ لذلك .

ومنها : القرب من الكعبة فى الطواف مستحب والرمل مستحب . فلو منعته الزحمة من الجمع بينهما ولم يمكنه الرمل مع القرب ، وأمكنه مع البعد ، فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى من المحافظة على القرب بلا رمل ، لذلك .

وخرج عن ذلك صور :

منها : الجماعة القليلة فى المسجد القريب إذا خشى التعطيل لو لم يحضر فيه ، أفضل من الكثيرة فى غيره .

ومنها الجماعة فى المسجد أفضل منها فى غيره وإن كثرت ، صرح به الماوردى . لكن خالفه أبو الطيب .

القاعدة الثالثة والعشرون

« الواجب لا يترك إلا لواجب »

وعبر عنها قوم بقولهم : « الواجب لا يترك لسنة » وقوم بقولهم « ما لا بد منه لا يترك إلا لما لا بد منه » وقوم بقولهم « جواز مالو لم يشرع لم يجز . دليل على وجوبه » وقوم بقولهم « ما كان ممنوعا إذا جاز وجب » .

وفيها فروع :

منها : قطع اليد فى السرقة ، لو لم يجب لكان حراما .

ومنها . إقامة الحدود على ذوى الجرائم .

ومنها : وجوب أكل الميتة للمضطر .

ومنها : الختان ، لو لم يجب لكان حراما لما فيه من قطع عضو وكشف العورة، والنظر إليها.

ومنها : العود من قيام الثالثة إلى التشهد الأول ، يجب لمتابعة الإمام لأنها واجبة ، ولا يجوز للإمام والمنفرد ، لأنه ترك فرض لسنة . وكذا العود إلى القنوت .

ومنها : التنحنح بحيث يظهر حرفان ، إن كان لأجل القراءة فمذر ، لأنه لواجب، أو للجهر فلا ، لأنه سنة .

وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : سجود السهو ، وسجود التلاوة . لا يجبان ، ولو لم يشرعا لم يجوزا .

ومنها : النظر إلى المخطوبة ، لا يجب . ولو لم يشرع ، لم يجز .

ومنها : الكتابة لا تجب إذا طلبها الرقيق المكسوب ، وقد كانت المعاملة قبلها ممنوعة لأن السيد لا يعامل عبده .

ومنها : رفع اليدين على التوالى فى تكبيرات العيد .

ومنها : قتل الحية فى الصلاة : لا يجب ، ولو لم يشرع لكان مبطلا للصلاة .

ومنها : زيادة ركوع فى صلاة الكسوف : لا يجب ، ولو لم يشرع لم يجز .

ومن المشكل هنا قول المنهاج : ولا يجوز زيادة ركوع ثالث ، لتمادى الكسوف ، ولا نقصه للانجلاء ، فى الأصح فإنه يشعر بوجوبه ، وهو مخالف لما فى شرح المهذب : من أنه لو صلاها ركعتين كسنة الظهر صحت ، وكان تاركا للأفضل .

وقد جمع بينهما الشيخ جلال الدين المحلى ، بأن ذاك حيث نوى فى الإحرام أداءها على تلك الكيفية ، فلا يجوز له التغيير .

تنبيه : استنبطت من هذه القاعدة دليلا لما أفتيت به ، من أن الصلاة فى صف شرع فيه قبل إتمام صف أمامه ، لا يحصل فضيلة الجماعة لأمرهم بالتخطى ، إذا كان أمامه فرجة لأنهم مقصرون بتركها . وأصل التخطى مكروه أو حرام ، كما اختاره النووى .

فلو لا أنه واجب لإتمام الصنف لم يجز ، وليس هو واجبا لصحة الصلاة ، فتعين أن يكون لحصول الفضيلة .

القاعدة الرابعة والعشرون

« ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه »

ذكرها الرافعى . وفيها فروع :

منها : لا يجب على الزانى التعزير بالملامسة والمفاخذة فإن أعظم الأمرين ـ وهو الحد ـ قد وجب .

ومنها : زنا المحصن ، لم يوجب أهون الأمرين ـ وهو الجلد ـ بعموم كونه زنا خلافا لابن المنذر .

ومنها : خروج المنى ، لا يوجب الوضوء على الصحيح بعموم كونه خارجا ، فإنه قد أوجب الغسل ، الذى هو أعظم الأمرين .

ونقضت هذه القاعدة بصور :

منها : الحيض والنفاس والولادة . فإنها توجب الغسل ، مع إيجابها الوضوء أيضا .

ومنها : من اشترى فاسدا ووطىء . لزمه المهر وأرش البكارة ولا يندرج فى المهر .

ومنها : لوشهدوا على محصن بالزنا فرجم ، ثم رجعوا : اقتص منهم ، ويحدون للقذف أولا.

ومنها : من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره يرضخ له مع السهم ، ذكره الرافعي عن البغوي وغيره .

القاعدة الخامسة والعشرون

« ماثبت بالشرع مقدم على ماثبت بالشرط »

ولهذا لايصح نذر الواجب .

ولوقال : طلقتك بألف على أن لي الرجعة . سقط قوله «بألف» ويقع رجعيا ، لأن المال ثبت بالشرط . والرجعة بالشرع ؛ فكان أقوى .

ونحوه : تدبير المستولدة ، لايصح . لأن عتقها بالموت ثابت بالشرع ، فلا يحتاج معه إلى التدبير .

ولو اشترى قريبه ونوى عتقه عن الكفارة ، لايقع عنها . لأن عتقه بالقرابة حكم قهري والعتق عن الكفارة يتعلق بإيقاعه واختياره .

ومن لم يحج إذا أحرم بتطوع أونذر . وقع عن حجة الإسلام ، لأنه يتعلق بالشرع ، ووقوعه عن التطوع والنذر ، متعلق بإيقاعه عنهما ، والأول أقوى .

ولو نكح أمة مورثه ثم قال : إذا مات سيدك فأنت طالق . فمات السيد ــ والزوج يرثه.. فالأصح أنه لايقع الطلاق . لأنه اجتمع المقتضي للانفساخ ، ووقوع الطلاق في حالة واحدة . والجمع بينهما ممتنع فقدم أقواها ، والانفساخ أقوى ؛ لأنه حكم ثبت بالقهر شرعا ، ووقوع الطلاق حكم تعلق باختياره ، والأول أقوى .

ولو شرط مقتضى العقد ؛ لم يضره ولم ينفعه . ومقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لامن الشرط .

تنبيه : قال ابن السبكي : هذه الفروع تدل لأنه إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط ، يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق ، وهو وجه . لأن ماقبله ثابت بالشرع ، فلا يحتاج إلى الشرط .

قال : وقد يقال لامعارضة بينهما ، عند من يجوز اجتماع علتين .

القاعدة السادسة والعشرون

« ماحرم استعماله حرم اتخاذه »

ومن ثم حرم اتخاذ آلات الملاهى وأوانى النقدين ، والكلب لمن لا يصيد، والخنزير والفواسق، والخمر ، والحرير والحلى للرجل .

ونقضت هذه القاعدة بمسألة الباب في الصلح . فإن الأصح أن له فتحه إذا سمره .

وأجيب عنها : بأن أهل الدرب يمنعونه من الاستعمال ، فإن ماتوا فورثتهم .

وأما متخذ الإناء ونحوه ، فليس عنده من يمنعه ، فربما جره اتخاذه إلى استعماله .

القاعدة السابعة والعشرون

« ماحرم أخـــذه حرم إعطاؤه »

كالربا ومهر البغى ، وحلوان الكاهن والرشوة ، وأجرة النائحة ، والزامر .

ويستثنى صور :

منها : الرشوة للحاكم ، ليصل إلى حقه ، وفك الأسير وإعطاء شيء لمن يخاف هجوه .

ولو خاف الوصى أن يستولى غاصب على المال فله أن يؤدى شيئا ليخلصه وللقاضى بذل المال على التولية ، ويحرم على السلطان أخذه .

تنبيه : يقرب من هذه القاعدة : قاعدة « ماحرم فعله حرم طلبه » إلا فى مسألتين :

الأولى : إذا ادعى دعوة صادقة ، فأنكر الغريم ، فله تحليفه .

الثانية : الجزية يجوز طلبها من الذمى ، مع أنه يحرم عليه إعطاؤها ، لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام ، فإعطاؤه إياها إنما هو على استمراره على الكفر وهو حرام .

القاعدة الثامنة والعشرون

« المشغول لا يشغل »

ولهذا لو رهن رهنا بدين ، ثم رهنه بآخر : لم يجز فى الجديد .

ومن نظائره : لايجوز الإحرام بالعمرة للعاكف بمنى ، لاشتغاله بالرمى والمبيت .

ومنها : لايجوز إيراد عقدين على عين فى محل واحد .

واعلم أن إيراد العقد على العقد ضربان :

أحدها : أن يكون قبل لزوم الأول وإتمامه ، فهو إبطال للأول إن صدر من البائع كما لو باع المبيع فى زمن الخيار ، أو أجره أو أعتقه . فهو فسخ وإمضاء للأول إن صدر من المشترى بعد القبض .

الثانى : أن يكون بعد لزومه ، وهو ضربان :

الأول : أن يكون مع غير العاقد الأول ، فإن كان فيه إبطال الحق الأول . لغا ، كما لو رهن داره ثم باعها بغير إذن المرتهن ، أو آجرها مدة يحل الدين قبلها ، وإن لم يكن فيه إبطال للأول صح ، كما لو أجر داره ثم باعها لآخر ، فإنه يصح لأن مورد البيع : العين ، والإجارة المنفعة . وكذا لو زوج أمته ثم باعها .

الثانى : أن يكون مع العاقد الأول ، فإن اختلف المورد صح قطعا ، كما لو أجر داره ثم باعها من المستأجر ، صح ولا تنفسخ الإجارة فى الأصح ، بخلاف ما لو تزوج بأمة ثم اشتراها فإنه يصح ، وينفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ، فسقط الأضعف بالأقوى ، كذا عللوه .

واستشكله الرافعى بأن هذا موجود فى الإجارة .

ولو رهنه دارا ، ثم أجرها منه : جاز ، ولا يبطل الرهن ، جزم به الرافعى .

قال : وهكذا لو أجرها ، ثم رهنها منه ، يجوز ، لأن أحدهما ورد على محل غير الآخر فإن الإجارة على المنفعة ، والرهن على الرقبة ، وإن اتحد المورد ، كما لو استأجر زوجته لإرضاع ولده ، فقال العراقيون : لا يجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها فى تلك الحالة ، فلا يجوز أن يعقد عليها عقدا آخر يمنع استيفاء الحق ، والأصح : أنه يجوز ، ويكون الاستئجار من حين يترك الاستمتاع .

ولو استأجر إنسانا لخدمة شهرا ، لم يجز أن يستأجر تلك المدة لخياطة ثوب ، أو عمل آخر . ذكره الرافعى ، فى النفقات .

قال الزركشى : ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين للحج .

قال : وهذا من قاعدة « شغل المشغول لا يجوز » بخلاف شغل الفارغ .

القاعدة التاسعة والعشرون

« المكبر لا يكبر »

ومن ثم لا يشرع التثليث فى غسلات الكلب، خلافا لما وقع فى الشامل الصغير ، ولا التغليظ فى أيمان القسامة . ولا دية العمد ، وشبهه ، ولا الخطأ إذا غلظت بسبب ، فلا يزداد التغليظ بسبب آخر فى الأصح . وإذا أخذت الجزية باسم زكاة وضعفت لا يضعف الجبران فى الأصح ؛ لأنا لو ضعفناه لكان ضعف الضعف . والزيادة على الضعف لاتجوز .

تنبيه : تجرى هذه القاعدة فى العربية .

ومن فروعها :

الجمع يجوز جمعه مرة ثانية ، بشرط أن لا يكون على صيغة منتهى الجموع .

ونظيرها فى العربية أيضا قاعدة : « المصغر لايصغر » . وقاعدة « المعرف لايعرف » .

ومن ثم امتنع دخول اللام المعرفة على العلم والمضاف .

القاعدة الثلاثون

« من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه »

من فروعها :

إذا خللت الخمرة بطرح شىء فيها ، لم تطهر .

ونظيره : إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده ؛ لم يجز . كما جزم به فى الروضة .

قال بعضهم : وقياسه : أنه لو دبغ لم يطهر . لكن صرح القمولى فى الجواهر بخلافه .

ومنها : حرمان القاتل الإرث .

ومنها : ذكر الطحاوى ، فى مشكل الآثار : أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فأخره ليدوم له النظر إلى سيدته ، لم يجز له ذلك . لأنه منع واجبا عليه ، ليبقى له مايحرم عليه إذا أداه ، ونقله عنه السبكى ، فى شرح المنهاج . وقال : إنه تخريج حسن ، لايبعد من جهة الفقه .

وخرج عن القاعدة صور :

منها : لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعا ، لئلا تختل قاعدة «أن أم الولد تعتق بالموت» وكذا لو قتل المدبر سيده .

ولو قتل صاحب الدين المؤجل المديون : حل فى الأصح .

ولو قتل الموصى له الموصى : استحق الموصى به فى الأصح .

ولوأمسك زوجته مسيئا عشرتها، لأجل إرثها ورثها فى الأصح، أو لأجل الخلع ، نفذ فى الأصح.

ولو شربت دواء فحاضت ؛ لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعا . وكذا لو نفست به .

أو رمى نفسه من شاهق ليصلى قاعدا ، لايجب القضاء فى الأصح .

ولو طلق فى مرضه ، فرارا من الإرث ؛ نفذ . ولا ترثه فى الجديد . لئلا يلزم التوريث بلاسبب ، ولانسب .

أو باع المال قبل الحول ، فرارا من الزكاة ، صح . جزما . ولم تجب الزكاة ، لئلا يلزم إيجابها فى مال لم يحل عليه الحول فى ملكه ، فتختل قاعدة الزكاة .

أو شرب شيئا ليمرض قبل الفجر . فأصبح مريضا : جاز له الفطر . قاله الرويانى .

أو أفطر بالأكل متعديا ليجامع ، فلا كفارة .

ولوجبت ذكر زوجها ، أوهدم المستأجر الدار المستأجرة ، ثبت لها الخيار فى الأصح .

ولو خلل الخمر بغير طرح شىء فيها ، كنقلها من الشمس إلى الظل ، وعكسه . طهرت فى الأصح .

ولو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول ، استقر المهر فى الأصح .

تنبيه :

إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها .

بل فى الحقيقة ، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث .

وأما تخليل الخمر ، فليست العلة فى الاستعجال على الأصح ، بل تنجيس الملاقى له ثم عوده عليه بالتنجيس .

وأما مسألة الطحاوى ، فليست من الاستعجال فى شىء .

وكنت أسمع شيخنا قاضى القضاة علم الدين البلقينى يذكر عن والده : أنه زاد فى القاعدة لفظا لايحتاج معه إلى الاستثناء .

فقال : من استعجل شيئا قبل أوانه ، ولم تـكن المصلحة فى ثبوته ، عوقب بحرمانه .

لطيفة : رأيت لهذه القاعدة مثلا فى العربية ، وهو : أن اسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله ، فإن نعت قبله ، امتنع عمله من أصله .

القاعدة الحادية والثلاثون

« النفل أوسع من الفرض »

ولهذا لايجب فيه القيام ، ولاالإستقبال فى السفر ، ولاتجديد الاجتهاد فىالقبلة ، ولاتـكرير التيمم ، ولا تبييت النية ، ولا يلزم بالشروع .

وقد يضيق النفل عن الفرض فى صور ترجع إلى قاعدة «ماجاز للضرورة يتقدر بقدرها» .

من ذلك : التيمم لايشرع للنفل فى وجه ، وسجود السهو لايشرع فى النفلفى قولغريب . والنيابة عن المعضوب ، لاتجزىء فى حج التطوع ، فى قول .

القاعدة الثانية والثلاثون

« الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة »

ولهذا لايتصرف القاضى مع وجود الولى الخاص وأهليته .

ولو أذنت للولى الخاص أن يزوجها بغير كفء ففعل . صح ، أوللحاكم . لم يصح فى الأصح .

وللولى الخاص استيفاء القصاص ، والعفو على الدية ، ومجانا ، وليس للإمام العفو مجانا .

ولو زوج الإمام لغيبة الولى ، وزوجها الولى الغائب بآخر فى وقت واحدوثبت ذلكبالبينة، قدم الولى . إن قلنا : إن تزويجه بطريق النيابة عن الغائب . وإن قلنا : إنه بطريق الولاية ، فهل يبطل ، كمالو زوج الوليانمعا ، أوتقدم ولايةالحاكم لقوة ولايته وعمومها كمالو قالالولى: كنت زوجتها فى الغيبة ، فإن نـكاح الحاكم يقدم ، كماصرحوا به . تردد فيه صاحب الـكفاية ، والأصح : أن تزويجه بالنيابة . بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد.

فعلى هذا يقدم نـكاح الولى .

ضابط : الولى قد يكون وليا فى المال والنـكاح ، كالأب ، والجد . وقد يكون فى النـكاح فقط ، كسائر العصبة ، وكالأب فيمن طرأ سفهها ، وقد يكون فى المال فقط ، كالوصى .

فائدة: قال السبكي : مراتب الولايات أربعة .

الأولى : ولاية الأب والجد ، وهي شرعية : بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد لوفور شفقتهما . وذلك وصف ذاتي لهما ، فلو عزلا أنفسهما ، لم ينعزلا بالإجماع لأن المقتضي للولاية : الأبوة ، والجدودة ، وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها ، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضي ، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصبات .

الثانية : وهي السفلى . الوكيل ، تصرفه مستفاد من الإذن ، مقيد بامتثال أمر الموكل فلكل منهما العزل . وحقيقته : أنه فسخ عقد الوكالة ، أو قطعه . والوكالة عقد من العقود قابل للفسخ .

واختلف الأصحاب فيما إذا كانت بلفظ الإذن ، هل هي عقد فيقبل الفسخ ، أو إباحة ، فلا تقبله ؟ لأن الإباحة لا ترتد بالرد ، والمشهور : الأول . وفي الفرق بين الوكالة والإذن غموض.

الثالثة : الوصية . وهي بين المرتبتين . فإنها من جهة كونها تفويضا تشبه الوكالة . ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة ، لشفقته على الأولاد وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية . وأبو حنيفة لاحظ الثاني ، فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعي لاحظ الأول ، فجوز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه . ولنا وجه كمذهب أبي حنيفة .

الرابعة : ناظر الوقف يشبه الوصي ، من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض : بالرجوع عن الوصية . ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى ، فالتفويض أصله أن يكون منه . ولكنه أذن فيه للواقف ، فهي ولاية شرعية . ومن جهة أنه إما منوط بصفة، كالرشد ونحوه ، وهي مستمرة ، كالأبوة . وإما منوط بذاته ، كشرط النظر لزيد ؟ وهو مستمر ، فلا يفيد العزل . كما لا يفيد في الأب ، بخلاف الوكيل والوصي . فإنه يقطع ذلك العقد ، أو يرفعه .

قال : فلذلك أقول : إن الذي شرط له الواقف النظر معينا ، أو موصوفا بصفة . إذا عزل نفسه . لا ينفذ عزله لنفسه . لكن إن امتنع من النظر ، أقام الحاكم مقامه ، وإن لم نجد ذلك مصرحا به في كلام الأصحاب ، إلا ابن الصلاح .

قال فى فتاويه : لو عزل الناظر نفسه ، فليس للواقف نصب غيره . فإنه لا نظر له ، بل ينصب الحاكم ناظرا ، وهذا يوهم أنه إذا عزل نفسه انعزل ، ويمكن تأويله .

قال : ويوضح ذلك أن شرط النظر من الواقف : إما تمليك ، أو توكيل . فإن كان توكيلا لم يصح أن يكون توكيلا عنه ، لأنه لا نظر له ، فكيف يوكل ؟ ولأنه لو كان وكيلا عنه لجاز له عزله ؛ وهو لو عزله لم ينفذ . ولا عن الموقوف عليه ، للأمرين . فلم يبق إلا أنه تمليك ، أو توكيل عن الله تعالى ، أو إثبات حق فى الوقف ابتداء . فإن رقبة الموقوف تنتقل إلى الله تعالى . ولا بد لها من متصرف ، واعتبر الشارع حكم الواقف فى الصرف، وفى تعيين المتصرف ، وهو الناظر : فعلم أن استحقاق الناظر النظر بالشرط كاستحقاق الموقوف عليه الغلة ، والموقوف عليه لو أسقط حقه من الغلة ، لم يسقط ، فكذلك إسقاط النظر .

ثم إن جعلناه تمليكا منه ، حسن اشتراط القبول باللفظ ، كسائر التمليكات . وإن جعلناه استخلافا عن الله تعالى لم يشترط .

قال : ويحتمل أن لا يشترط أيضا على التمليك ، لأنه ليس بعقد مستقل . بل وصف فى الوقف ، كسائر شروطه .

قال : وهذا هو الأقوى ،

قال : بل أزيد أنه لو رد ، لا يرتد ، بخلاف الوقف على معين ، حيث يرتد بالرد ، لما قلناه : من أن النظر ليس مستقلا ، بل وصف فى الوقف تابع له ، كسائر شروطه . إلا أنا لا نضره بإلزام النظر . بل إن شاء نظر ، وإن شاء لم ينظر ؛ فينظر الحاكم .

قال : ثم هذا كله إذا كان المشروط له النظر معينا . أما إذا كان موصوفا فينبغى أن لا يشترط القبول قطعا كالأوقاف العامة .

ثم قال : فإن قيل : النظر حق من الحقوق ، فيتمكن صاحبه من إسقاطه . فإن كل من ملك شيئا . له أن يخرجه عن ملكه ، عينا كان ، أو منفعة ، أودينا ، فكيف لا يتمكن الناظر من إسقاط حقه من النظر ؟

فالجواب : أن ذاك فيما هو فى حكم خصلة واحدة . وحق النظر فى كل وقت يتجدد بحسب صفة فيه ، وهو الرشد مثلا إن علقه الواقف بها ، أو بحسب ذاته ، إن شرطه له بعينه . فلا يصح إسقاطه . كما لو أسقط الأب أو الجد حق الولاية من مال ولده ، أو التزويج ، ونحوه . انتهى كلام السبكى ملخصا من كتابه « تسريح الناظر فى انعزال الناظر » .

القاعدة الثالثة والثلاثون

« لا عبرة بالظن البين خطؤه »

من فروعها ،

لو ظن المكلف ، فى الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخر الوقت . تضيق عليه ، فلو لم يفعله ، ثم عاش وفعله : فأداء على الصحيح .

ولو ظن أنه متطهر ، فصلى ، ثم بان حدثه .

أو ظن دخول الوقت ، فصلى ، ثم بان أنه لم يدخل

أو طهارة الماء ، فتوضأ به ، ثم بان نجاسته .

أو ظن أن إمامه مسلم ، أو رجل قارئ ، فبان كافرا ، أو امرأة ، أو أميا .

أو بقاء الليل ، أو غروب الشمس ، فأكل ، ثم بان خلافه .

أو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ، فبان خلافه .

أو رأوا سوادافظنوه عدوا فصلوا صلاة شدةالخوف، فبان خلافه . أو بان أن هناك خندقا.

أو استناب على الحج ، ظانا أنه لا يرجى برؤه ، فبرئ : لم يجز فى الصور كلها .

فلو أنفق على البائن ظانا حملها ، فبانت حائلا : استرد .

وشبهه الرافعى : بما إذا ظن أن عليه دينا فأداه . ثم بان خلافه . وما إذا أنفق على ظن إعساره ، ثم بان يساره .

ولو سرق دنانير ظنها فلوسا ، قطع . بخلاف مالو سرق مالا يظنه ملكه ، أو ملك أبيه ، فلا قطع ، كما لو وطئ امرأة يظنها زوجته ، أو أمته .

ويستثنى صور :

منها : لو صلى خلف من يظنه متطهرا ، فبان حدثه : صحت صلاته .

ولو رأى المتيمم ركبا ، فظن أن معهم ماء : توجه عليه الطلب .

ولو خاطب امرأته بالطلاق : وهو يظنها أجنبية ، أو عبده بالعتق ، وهو يظنه لغيره نفذ .

ولو وطئ أجنبي أجنبية حرة يظنها زوجته الرقيقة : فالأصح أنها تعتد بقرأين ، اعتبارا بظنه . أو أمة يظنها ، زوجته الحرة . فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء لذلك .

القاعدة الرابعة والثلاثون

« الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود »

ولهذا لو حلف : لا يسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، فتردد ساعة : حنث ، وإن اشتغل بجمع متاعه ، والتهيؤ لأسباب النقلة : فلا .

ولو قال طالب الشفعة للمشترى ، عند لقائه : بكم اشتريت ؟ أو اشتريت رخيصا ؟ بطل حقه.

ولو كتب : أنت طالق ، ثم استمد . فكتب : إذا جاءك كتابى . فإن لم يحتج إلى الاستمداد طلقت وإلا فلا .

القاعدة الخامسة والثلاثون

« لا ينكر المختلف فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه »

ويستثنى صور ، ينكر فيها المختلف فيه .

إحداها : أن يكون ذلك المذهب بعيد المأخذ ، بحيث ينقض .

ومن ثم وجب الحد على المرتهن بوطئه المرهونة ، ولم ينظر لخلاف عطاء .

الثانية : أن يترافع فيه لحاكم ، فيحكم بعقيدته ، ولهذا يحد الحنفى بشرب النبيذ ، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده .

الثالثة : أن يكون المنكر فيه حق ، كالزوج يمنع زوجته من شرب النبيذ ، إذا كانت تعتقد إباحته ، وكذلك الذمية على الصحيح .

القاعدة السادسة والثلاثون

« يدخل القوى على الضعيف ، ولا عكس »

ولهذا يجوز إدخال الحج على العمرة قطعا ، لا عكسه على الأظهر .

ولو وطئ أمة ثم تزوج أختها ، ثبت نكاحها وحرمت الأمة ؛ لأن الوطء بفراش النكاح أقوى من ملك اليمين ، ولو تقدم النكاح ، حرم عليه الوطء بالملك ، لأنه أضعف الفراشين .

القاعدة السابعة والثلاثون

« يغتفر فى الوسائل مالا يغتفر فى المقاصد »

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان ، وجرى فى الكفالة خلاف ، لأن الضمان التزام للمقصود ،

وهو المال والكفالة التزام للوسيلة ويغتفر فى الوسائل مالا يغتفر فى المقاصد .

وكذلك لم تختلف الأمة فى إيجاب النية للصلاة واختلفوا فى الوضوء .

القاعدة الثامنة والثلاثون

« الميسور لا يسقط بالمعسور »

قال ابن السبكى : وهى من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » .

وبها رد أصحابنا على أبى حنيفة قوله « إن العريان يصلى قاعدا » فقالوا : إذا لم يتيسر ستر العورة فلم يسقط القيام المفروض ؟ .

وذكر الإمام أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التى لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة. وفروعها كثيرة :

منها : إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقى جزما .

ومنها : القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن جزما .

ومنها : القادر على بعض الفاتحة يأتى به بلا خلاف .

ومنها : إذا لم يمكنه رفع اليدين فى الصلاة إلا بالزيادة على القدر المشروع أو نقص أتى بالممكن.

ومنها : إذا كان محدثا وعليه نجاسة ، ولم يجد إلا ما يكفى أحدهما ، عليه غسل النجاسة قطعا.

ومنها : لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه بلا خلاف عندنا .

ومنها : نقل العراقيون عن نص الشافعى أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلا عن تحريكه إياه بالقراءة كالإيماء بالركوع والسجود .

ومنها : لو خاف الجنب من الخروج من المسجد ووجد غير تراب المسجد وجب عليه التيمم كما صرح به فى الروضة ووجه بأن أحد الطهورين التراب : وهو ميسور فلا يسقط بالمعسور .

ومنها : واجد ماء لا يكفيه لحدثه أو نجاسته فالأظهر وجوب استعماله .

ومنها : واجد تراب لا يكفيه فالمذهب القطع بوجوب استعماله .

ومنها : من بجسده جرح يمنعه استيعاب الماء والمذهب القطع بوجوب غسل الصحيح مع التيمم عن الجريح .

ومنها : المقطوع العضد من المرفق يجب غسل رأس عظم العضد على المشهور .

ومنها واجد بعض الصاع فى الفطرة يلزمه إخراجه فى الأصح .

ومنها : لو أعتق نصيبه وهو موسر ببعض نصيب شريكه فالأصح السراية إلى القدر الذى أيسر به .

ومنها : لو انتهى فى الكفارة إلى الإطعام فلم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينا : فالأصح وجوب إطعامهم وقطع به الإمام .

ومنها : لو قدر على الانتصاب وهو فى حد الراكعين فالصحيح أنه يقف كذلك .

ومنها : من ملك نصابا بعضه عنده وبعضه غائب ، فالأصح أنه يخرج عما فى يده فى الحال .

ومنها : المحدث الفاقد للماء إذا وجد ثلجا أو بردا ، قيل : يجب استعماله ، فيتيمم عن الوجه واليدين ، ثم يمسح به الرأس ثم يتيمم عن الرجلين ، ورجحه النووى فى شرح المهذب ، نظرا للقاعدة ، والمذهب أنه لا يجب .

ومنها : إذا أوصى بعتق رقاب ، فلم يوجد إلا اثنان وشقص ، ففى شراء الشقص ، وجهان أصحهما عند الشيخين : لا ، وخالفهما ابن الرفعة والسبكى نظرا للقاعدة .

تنبيه : خرج عن هذه القاعدة مسائل :

منها : واجد بعض الرقبة فى الكفارة ، لا يعتقها ، بل ينتقل إلى البدل بلا خلاف .

ووجه بأن إيجاب بعض الرقبة مع صوم الشهرين ، جمع بين البدل والمبدل وصيام شهر مع عتق نصف الرقبة فيــه تبعيض الكفارة ، وهو ممتنع وبأن الشارع قال (فمن لم يجد) وواجد بعض الرقبة لم يجد رقبة .

فلو قدر على البعض ولم يقدر على الصيام ولا الإطعام ، فثلاثة أوجه لابن القطان .

أحدها : يخرجه ويكفيه .

والثانى : يخرجه ويبقى الباقى فى ذمته .

والثالث : لا يخرجه .

ومنها : القادر على صوم بعض يوم دون كله ، لا يلزمه إمساكه .

ومنها : إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص ، لا يأخذ قسطه من الشقص :

ومنها : إذا أوصى بثلثه يشترى به رقبة ، فلم يف بها ، لا يشترى شقص .

ومنها : إذا اطلع على عيب ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد ، لايلزمه التلفظ بالفسخ ، في الأصح .

القاعدة التاسعة والثلاثون

« مالا يقبل التبعيض ، فاختيار بعضه كاختيار كله ، وإسقاط بعضه كإسقاط كله » .

ومن فروعها :

إذا قال : أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق طلقت طلقة .

ومنها : إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين ، سقط كله .

ومنها : إذا عفا الشفيع عن بعض حقه ، فالأصح سقوط كله ، والثانى لايسقط شىء لأن التبعيض تعذر ، وليست الشفعة ممايسقط بالشبهة ، ففارقت القصاص والطلاق .

ومنها : عتق بعض الرقبة أو عتق بعض المالكين نصيبه وهو موسر .

ومنها : هل للإمام إرقاق بعض الأسير ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا لا ، فضرب الرق على بعضه رق كله .

قال الرافعى : وكان يجوز أن يقال : لا يرق شىء ، وضعفه ابن الرفعة بأن في إرقاق كله درء القتل ، وهو يسقط بالشبهة كالقصاص ، ثم وجهه بنظيره من الشفعة .

ومنها : إذا قال : أحرمت بنصف نسك ، انعقد بنسك كالطلاق كما في زوائد الروضة ولا نظير لها فى العبادات .

ومنها : إذا اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا ، لم يجز إفراده بالرد ، فلو قال رددت المعيب منهما ، فالأصح لا يكون ردا لهما ، وقيل يكون .

ومنها : حد القذف ، ذكر الرافعى فى باب الشفعة أن بالعفو عن بعضه لايسقط شىء منه ، واستشهد به للوجه القائل بمثله فى الشفعة ، وتبعه جماعة آخرهم السبكى .

قال ولده ، ولم يذكر المسألة فى باب حد القاذف ، وإنما ذكر فيه مسألة عفو بعض الورثة ، وفيها الأوجه المشهورة . أصحها : أن لمن بقى استيفاء جميعه وهو يؤيد أن حد القذف لايتبعض .

قال : وفيه نظر فإنه جلدات معروفة العدد ولا ريب فى أن الشخص لو عفا بعد جلد بعضها سقط مابقى منها فكذلك إذا أسقط منها فى الابتداء قدرا معلوما .

تنبيه : حيث جعلنا اختيار البعض اختيارا للكل فهل هو بطريق السراية أولا ، بل

اختياره للبعض نفس اختياره للكل ؟ فيه خلاف مشهور فى تبعيض الطلاق وطلاق البعض وعتق البعض وإرقاق البعض .

ضابط : لايزيد البعض على الكل إلا فى مسألة واحدة وهى :

إذا قال : أنت على كظهر أمى فإنه صريح ، ولو قال : أنت على كأمى لم يكن صريحا .

القاعدة الأربعون

« إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة »

من فروعها :

لو أكل المالك طعامه المغصوب جاهلا به فلاضمان على الغاصب فى الأظهر .

وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فإن الغاصب يبرأ .

ولو حفر بئرا فرداه فيها آخر أو أمسكه ، فقتله آخر ، أوألقاه من شاهق فتلقاه آخر فقده، فالقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط .

تنبيه : يستثنى من القاعدة صور :

منها : إذا غصب شاة وأمر قصابا بذبحها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على الغاصب قطعا ، قاله فى الروضة .

ومنها : إذا استأجره لحمل طعام فسلمه زائدا ، فحمله المؤجر جاهلا فتلفت الدابة ضمنها المستأجر فى الأصح .

ومنها : إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف ثم تبين خطؤه ، فالضمان على المفتى .

ومنها : قتل الجلاد بأمر الإمام ظلما وهو جاهل ، فالضمان على الإمام .

ومنها : وقف ضيعة على قوم ، فصرفت غلتها إليهم ، فخرجت مستحقة ، ضمن الواقف ، لتغريره .

الكتاب الثالث

فى القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح ، لاختلافه فى الفرع

وهى عشرون قاعدة :

القاعدة الأولى : الجمعة ظهر مقصورة ، أو صلاة على حيالها؟قولان : ويقال :وجهان .

قال فى شرح المهذب : ولعلهما مستنبطان من كلام الشافعى ، فيصح تسميتهما قولين ووجهين. والترجيح فيهما مختلف فى الفروع المبنية عليهما .

منها : لونوى بالجمعة الظهر المقصورة . قال صاحب التقريب : إن قلنا : هى صلاة على حيالها، لم يصح . لابد من نية الجمعة ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فوجهان .

أحدهما : تصح جمعته ، لأنه نوى الصلاة على حقيقتها .

والثانى : لا . لأن مقصود النيات التمييز بما يخص الجمعة .

ولو نوى الجمعة ، فإن قلنا : صلاة مستقلة أجزأته ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فهل يشترط نية القصر ؟ فيه وجهان . الصحيح : لا ، انتهى .

والأصح فى هذا الفرع أنها صلاة مستقلة .

ومنها : لو اقتدى مسافر فى الظهر بمن يصلى الجمعة ؟ فإن قلنا : ظهر مقصورة فله القصر ، وإلا لزمه الإتمام ، وهو الأصح .

ومنها : هل له جمع العصر إليها ، لو صلاها وهو مسافر ،

قال العلائى : يحتمل تخريجه على هذا الأصل . فإن قلنا : صلاة مستقلة ، لم يجز ، وإلا جاز.

قلت : ينبغى أن يكون الأصح الجواز .

ومنها : إذا خرج الوقت فيها ، فهل يتمونها ظهرا بناء ، أو يلزم الاستئناف ؟ قولان . قال الرافعى : مبنيان على الخلاف ، فى أن الجمعة ظهر مقصورة ، أوصلاة على حيالها . إن قلنا : بالأول ، جاز البناء ، وإلا فلا . والأصح جواز البناء .

فقد رجح فى هذا الفرع أنها ظهر مقصورة .

ومنها : لو صلوا الجمعة خلف مسافر ، نوى الظهر قاصرا . فإن قلنا : هى ظهر مقصورة، صحت قطعا ، وإن قلنا : صلاة مستقلة ، جرى فى الصحة خلاف .

القاعدة الثانية : الصلاة خلف المحدث المجهول الحال . إذا قلنا بالصحة ، هل هى صلاة جماعةأوانفراد ؟ وجهان . والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : لو كان فى الجمعة ، وتم العددبغيره ، إن قلنا : صلاتهم جماعة صحت ، وإلا فلا. والأصح الصحة .

ومنها : حصول فضيلة الجماعة ، والأصح تحصل .

ومنها : لوسها ، أوسهوا ، ثم علموا حدثه قبل الفراغ ، وفارقوه . إن قلنا : صلاتهم جماعة سجدوا لسهو الإمام لالسهوهم ، وإلا فبالعكس . والأصح الأول .

ورجح الثانى فى فروع :

منها : إذا أدركه المسبوق فى الركوع ، إن قلنا : صلاة جماعة ، حسبت له الركعة وإلا فلا. والصحيح : عدم الحسبان .

القاعدة الثالثة : قال الأصحاب : من أتى بما ينافى الفرض دون النفل ، فى أول فرض ، أو أثنائه بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلا ، أوتبطل ؟ فيه قولان . والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع .

منها : إذا أحرم بفرض فأقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ، ليدركها ، فالأصح صحتها نفلا .

ومنها : إذاأحرم بالفرض قبل وقته جاهلا ، فالأصح الانعقاد نفلا .

ومنها : إذا أتى بتكبيرة الإحرام ، أو بعضها فى الركوع جاهلا فالأصح الانعقاد نفلا .

ورجح الثانى فى الصورتين إذا كان عالما ، وفيما إذا قلب فرضه إلى فرض آخر ، أو إلى نفل بلا سبب .

وفيما إذا وجد المصلى قاعدا خفة فى صلاته ، وقدر على القيام ، فلم يقم .

وفيما إذا أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدا .

القاعدة الرابعة: النذر ، هل يسلك به مسلك الواجب ، أو الجائز ؟ قولان : والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : نذر الصلاة ، والأصح فيه الأول ؛ فيلزمه ركعتان . ولا يجوز القعود مع القدرة

الكتاب الثالث

فى القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح ، لاختلافه فى الفرع

وهى عشرون قاعدة :

القاعدة الأولى : الجمعة: ظهر مقصورة ، أو صلاة على حيالها؟ قولان : ويقال : وجهان .

قال فى شرح المهذب : ولعلهما مستنبطان من كلام الشافعى ، فيصح تسميتهما قولين ووجهين. والترجيح فيهما مختلف فى الفروع المبنية عليهما .

منها : لو نوى بالجمعة الظهر المقصورة . قال صاحب التقريب : إن قلنا : هى صلاة على حيالها، لم يصح . لابد من نية الجمعة ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فوجهان .

أحدهما : تصح جمعته ، لأنه نوى الصلاة على حقيقتها .

والثانى : لا . لأن مقصود النيات التمييز بما يخص الجمعة .

ولو نوى الجمعة ، فإن قلنا : صلاة مستقلة أجزأته ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فهل يشترط نية القصر ؟ فيه وجهان . الصحيح : لا ، انتهى .

والأصح فى هذا الفرع أنها صلاة مستقلة .

ومنها : لو اقتدى مسافر فى الظهر بمن يصلى الجمعة ؛ فإن قلنا : ظهر مقصورة فله القصر ، وإلا لزمه الإتمام ، وهو الأصح .

ومنها : هل له جمع العصر إليها ، لو صلاها وهو مسافر ،

قال العلائى : يحتمل تخريجه على هذا الأصل . فإن قلنا : صلاة مستقلة ، لم يجز ، وإلا جاز.

قلت : ينبغى أن يكون الأصح الجواز .

ومنها : إذا خرج الوقت فيها ، فهل يتمونها ظهرا بناء ، أو يلزم الاستئناف ؟ قولان . قال الرافعى : مبنيان على الخلاف ، فى أن الجمعة ظهر مقصورة ، أوصلاة على حيالها . إن قلنا : بالأول ، جاز البناء ، وإلا فلا . والأصح جواز البناء .

فقد رجح فى هذا الفرع أنها ظهر مقصورة .

ومنها : لو صلوا الجمعة خلف مسافر ، نوى الظهر قاصرا . فإن قلنا : هى ظهر مقصورة، صحت قطعا ، وإن قلنا : صلاة مستقلة ، جرى فى الصحة خلاف .

القاعدة الثانية : الصلاة خلف المحدث المجهول الحال . إذا قلنا بالصحة ، هل هى صلاة جماعة أو انفراد ؟ وجهان . والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : لو كان فى الجمعة ، وتم العدد بغيره ، إن قلنا : صلاتهم جماعة صحت ، وإلا فلا . والأصح الصحة .

ومنها : حصول فضيلة الجماعة ، والأصح تحصل .

ومنها : لو سها ، أو سهوا ، ثم علموا حدثه قبل الفراغ ، وفارقوه . إن قلنا : صلاتهم جماعة سجدوا لسهو الإمام لا لسهوهم ، وإلا فبالعكس . والأصح الأول .

ورجح الثانى فى فروع :

منها : إذا أدركه المسبوق فى الركوع ، إن قلنا : صلاة جماعة ، حسبت له الركعة وإلا فلا . والصحيح : عدم الحسبان .

القاعدة الثالثة : قال الأصحاب : من أتى بما ينافى الفرض دون النفل ، فى أول فرض ، أو أثنائه بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلا ، أو تبطل ؟ فيه قولان . والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع .

منها : إذا أحرم بفرض فأقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ، ليدركها ، فالأصح صحتها نفلا .

ومنها : إذا أحرم بالفرض قبل وقته جاهلا ، فالأصح الانعقاد نفلا .

ومنها : إذا أتى بتكبيرة الإحرام ، أو بعضها فى الركوع جاهلا فالأصح الانعقاد نفلا .

ورجح الثانى فى الصورتين إذا كان عالما ، وفيما إذا قلب فرضه إلى فرض آخر ، أو إلى نفل بلا سبب .

وفيما إذا وجد المصلى قاعدا خفة فى صلاته ، وقدر على القيام ، فلم يقم .

وفيما إذا أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدا .

القاعدة الرابعة : النذر ، هل يسلك به مسلك الواجب ، أو الجائز ؟ قولان : والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : نذر الصلاة ، والأصح فيه الأول ؛ فيلزمه ركعتان . ولا يجوز القعود مع القدرة

ولا فعلهما على الراحلة ، ولا يجمع بينها وبين فرض ، أو نذر آخر بتيمم .

ولو نذر بعض ركعة ، أو سجدة : لم ينعقد نذره ، على الأصح ، فى الجميع .

ومنها : نذر الصوم ، والأصح فيه الأول . فيجب التبييت ؛ ولا يجزى إمساك بعض يوم ، ولا ينعقد نذر بعض يوم .

ومنها : إذا نذر الخطبة فى الاستسقاء ، ونحوه ، والأصح فيها الأول ، حتى يجب فيها القيام عند القدرة .

ومنها : نذر أن يكسو يتيما ، والأصح فيه الأول ، فلايخرج عن نذره بيتيم ذمى .

ومنها : نذر الأضحية ، والأصح فيها الأول. فيشترط فيها السن ، والسلامة من العيوب .

ومنها : نذر الهدى ، ولم يسم شيئا ، والأصح فيه الأول ، فلا يجزئ إلا ما يجزئ فى الهدى الشرعى ، ويجب إيصاله إلى الحرم .

ومنها : الحج ، والأصح فيه الأول . فلو نذره معضوب ، لم يجز أن يستنيب صبيا أو عبدا ، أو سفيها بعد الحجر ، لم يجز للولى منعه .

ومنها : نذر إتيان المسجد الحرام ، والأصح فيه الأول . فلزم إتيانه بحج ، أو عمرة .

ومنها : الأكل من المنذورة ، والأصح فيه : أنه إن كان فى معينة ، فله الأكل ، أو فى الذمة فلا .

ومنها : العتق ، والأصح فيه الثانى ، فيجزئ عتق كافر ، ومعيب .

ومنها : لو نذر أن يصلى ركعتين ، فصلى أربعا بتسليمة بتشهد ، أو تشهدين ، والأصح فيه الثانى ، فيجزيه .

ومنها : لو نذر أربع ركعات ، فأداها بتسليمتين ، والأصح فيه الثانى ، فتجزيه .

قال فى زوائد الروضة : والفرق بينهما وبين سائر المسائل المخرجة على الأصل غلبة وقوع الصلاة ، وزيادة فضلها .

ومنها : نذر القربات التى لم توضع لتكون عبادة ، وإنما هى أعمال ، وأخلاق مستحسنة ، رغب الشرع فيها ، لعموم فائدتها ، كعيادة المريض ، وإفشاء السلام ، وزيارة القادمين ، وتشميت العاطس ، وتشييع الجنائز ، والأصح فيها : الثانى ، فتلزم بالنذر وعلى مقابله : لاتلزم . لأن هذه الأمور لايجب جنسها بالشرع .

ومنها : لو نذر صوم يوم معين ، والأصح فيه الثانى . فلايثبت له خواص رمضان من الكفارة بالجماع فيه ، ووجوب الإمساك لو أفطر فيه ، وعدم قبول صوم آخر من قضاء ، أو كفارة ، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة : صح .

وفى التهذيب وجه : أنه لا ينعقد كأيام رمضان .

ومنها : نذر الصلاة قاعدا . والأصح فيه الثانى : فلا يلزمه القيام عند القدرة :

قال الإمام : وقد جزم الأصحاب فيما لو قال : على أن أصلى ركعة واحدة بأنه لا يلزمه إلا ركعة ، ولم يخرجوه على الخلاف وتكلفوا بينهما فرقا .

قال ولا فرق فيجب تنزيله على الخلاف .

ومثله : لو أصبح ممسكا ، فنذر الصوم يومه ففى لزوم الوفاء قولان بناء على الأصل المذكور فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمنزلة الركعة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة قال الإمام : والذى أراه اللزوم وأقره الشيخان فعلى هذا يكون المصحح فيه الثانى . ومنها : إذا نذر صوم الدهر فلزمته كفارة والأصح فيه الثانى . فيصوم عنها ويفدى عن النذر وعلى الآخر : لا . بل هو كالعاجز عن جميع الخصال .

ومما يصلح أن يعد من فروع القاعدة :

لو نذر الطواف لم يجز إلا سبعة أشواط ولا يكفى طوفة واحدة وإن كان يجوز التطوع بها كما ذكر فى الخادم : تنزيلا لها منزلة الركعة لا السجدة منها .

ومما سلك بالنذر فيه مسلك الجائز : الطواف المنذور ، فإنه تجب فيه النية ، كما تجب فى النفل ولا تجب فى الفرض لشمول نية الحج والعمرة له وهذا المعنى منتف فى النفل والنذر .

ولو نذر صلاة : لم يؤذن لها ولا يقيم . ولم يحكوا فيه خلافا وكأن السبب فيه أن الأذان حق الوقت على الجديد ، وحق المكتوبة على القديم ، وحق الجماعة على رأيه ، فى الإملاء والثلاثة منتفية فى المنذورة .

على أن صاحب الذخائر قال : إن المنذورة يؤذن لها ويقيم إذا قلنا سلك بالمنذور واجب الشرع لكن قال فى شرح المهذب : إنه غلط منه وإن الأصحاب اتفقوا على خلافه .

وخرج النذر عن الفرض والنفل معا ، فى صورة ، وهى :

ما إذا نذر القراءة ، فإنه تجب نيتها ، كما نقله القمولى فى الجواهر ، مع أن قراءة النفل لا نية لها ، وكذا القراءة المفروضة فى الصلاة .

القاعدة الخامسة

« هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ »

خلاف والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : إذا قال : اشتريت منك ثوبا ، صفته كذا ، بهذه الدراهم . فقال : بعتك ؛ فرجح الشيخان : أنه ينعقد بيعا ، اعتبارا باللفظ ، والثانى ـ ورجحه السبكى ـ سلما ، اعتبارا بالمعنى .

ومنها : إذا وهب بشرط الثواب ، فهل يكون بيعا اعتبارا بالمعنى ، أو هبة اعتبارا باللفظ ؟ الأصح الأول .

ومنها : بعتك بلا ثمن ، أولا ثمن لى عليك . فقال : اشتريت وقبضه ، فليس بيعا وفى انعقاده هبة قولا تعارض اللفظ ، والمعنى .

ومنها : إذا قال : بعتك، ولم يذكر ثمنا فإن راعينا المعنى انعقد هبة، أو اللفظ، فهو بيع فاسد.

ومنها : إذا قال : بعتك : إن شئت ، إن نظرنا إلى المعنى صح ، فإنه لو لم يشأ لم يشتر ، وهو الأصح ، وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل .

ومنها : لو قال أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا العبد ، فليس بسلم قطعا ، ولا ينعقد بيعا على الأظهر . لا ختلال اللفظ ، والثانى : نعم نظرا إلى المعنى .

ومنها : إذا قال لمن عليه الدين : وهبته منك ، ففى اشتراط القبول . وجهان . أحدهما : يشترط اعتبارا بلفظ الهبة .

والثانى : لا ؛ اعتبارا بمعنى الإبراء وصححه الرافعى فى كتاب الصداق .

ومنها : لو صالحه من ألف فى الذمة على خمسمائة فى الذمة ، صح وفى اشتراط القبول وجهان ، قال الرافعى : الأظهر اشتراطه .

قيل وقد يقال إنه مخالف لما صححه فى الهبة ، وليس كذلك فقد قال السبكى ، إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول فى الهبة والصلح وإن اعتبرنا المعنى اشترط فى الهبة دون الصلح .

ومنها : إذا قال : أعتق عبدك عنى بألف هل هو بيع أو عتق بعوض ؟ وجهان .

فائدتهما إذا قال أنت حر غدا على ألف ، إن قلنا بيع فسد ولا تجب قيمة العبد وإن قلنا عتق بعوض صح ووجب المسمى ، ذكرها الهروى وشريح فى أدب القضاء .

ومنها : إذ قال خالعتك ولم يذكر عرضا ، قال الهروى فيه قولان بناء على القاعدة أحدهما : لا شىء .

والثانى : خلع فاسد يوجب مهر المثل ، وهو المصحح فى المنهاج ، على كلام فيه سيأتى فى مبحث التصريح والكناية .

ومنها : لو قال : خذ هذه الألف مضاربة ، ففى قول: إبضاع لا يجب فيه شىء ، وفى آخر مضاربة فاسدة توجب المثل .

ومنها : الرجعة بلفظ النكاح ، فيها خلاف خرجه الهروى على القاعدة ، والأصح ، اصحتها به.

ومنها : لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ذكره صاحب التتمة وخرجه السبكى على القاعدة .

قال : ثم رأيت التخريج للقاضى حسين . قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة .

ومنها : إذا قال استأجرتك لتتعهد نخلى بكذا من ثمرتها ، فالأصح أنه إجارة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة ، والثانى أنه يصح مساقاة ، نظرا إلى المعنى .

ومنها : لو تعاقدا فى الإجارة بلفظ المساقاة فقال ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة فالأصح أنه مساقاة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط المساقاة إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم ، والثانى تصح إجارة نظرا إلى المعنى .

ومنها : إذا عقد بلفظ الإجارة على عمل فى الذمة ، فالصحيح اعتبار قبض الأجرة فى المجلس لأن معناه معنى السلم وقيل لا ، نظرا إلى لفظ الإجارة .

ومنها : لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال : بعتك منفعة هذه الدار شهرا ، فالأصح لا ينعقد نظرا إلى اللفظ . وقيل ينعقد نظرا إلى المعنى .

ومنها إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك فالأصح أنه قراض فاسد رعاية للفظ والثانى قراض صحيح رعاية للمعنى .

وكذا لو قال على أن كله لى ، فهل هو قراض فاسد أو إبضاع ؟ الأصح الأول .

وكذا لو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ؛ فهل هو إبضاع ؟ أو قراض ؟ فيه الوجهان.

ومنها : إذا وكله أن يطلق زوجته طلاقا منجزا وكانت قد دخلت الدار فقال لها : إن كنت دخلت الدار فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان ، لأنه منجز من حيث المعنى معلق من حيث اللفظ .

ومنها : إذا اشترى جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فأنكر ؛ يتلطف الحاكم الموكل ليبيعها له ، فلو قال إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها ، فالأصح الصحة نظرا لى المعنى لأنه مقتضى الشرع . والثانى لا ، نظرا إلى صيغة التعليق .

ومنها : إذا قال لعبد بعتك نفسك بكذا ، صح وعتق فى الحال ولزمه المال فى ذمته نظرا للمعنى ، وفى قول لا يصح نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا قال : إن أديت لى ألفا فأنت حر ، فقيل : كتابة فاسدة ، وقيل معاملة صحيحة.

ومنها : إذا قصد بلفظ الإقالة البيع ، فقيل يصح بيعا نظرا للمعنى ، وقيل لا يصح نظرا إلى اختلال اللفظ .

ومنها : إذا قال ضمنت مالك على فلان بشرط أنه برىء ، ففى قول إنه ضمان فاسد نظرا إلى اللفظ وفى قول ، حوالة بلفظ الضمان نظرا إلى المعنى والأصح الأول .

ومنها : لو قال أحلتك بشرط أن لا أبرأ ، ففيه القولان والأصح فساده .

ومنها : البيع من البائع قبل القبض ، قيل يصح ويكون فسخا اعتبارا بالمعنى والأصح لا ، نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا وقف على قبيلة غير منحصرة ، كبنى تميم مثلا وأوصى لهم ، فالأصح الصحة اعتبارا بالمعنى ، ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين .

والثانى لا يصح اعتبارا باللفظ ، فإنه تمليك لمجهول .

ومنها : إذا قال : خذ هذا البعير ببعيرين ، فهل يكون قرضا فاسدا نظرا إلى اللفظ أو بيعا نظرا إلى المعنى وجهان.

ومنها لو ادعى الإبراء فشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك أو تصدق عليه ، فهل يقبل نظرا إلى المعنى أولا نظرا إلى اللفظ ؟ وجهان .

ومنها : هبة منافع الدار هل تصح وتكون إعارة نظرا إلى المعنى أولا ؟ وجهان حكاهما الرافعى فى الهبة من غير ترجيح ورجح البلقينى أنه تمليك منافع الدار وأنه لا يلزم إلا ما استهلك من المنافع.

ومنها : لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فهل هو حلف نظرا إلى المعنى ، لأنه تعلق به منع أولا نظرا إلى اللفظ لكون « إذا » ليست من ألفاظه لما فيه من التأقيت بخلاف « إن » وجهان ، الأصح الأول .

ومنها : لو وقف على دابة فلان ، فالأصح البطلان نظرا إلى اللفظ ، والثانى يصح نظرا إلى المعنى ويصرف فى علفها .

فلو لم يكن لها مالك — بأن كانت وقفا — فهل يبطل نظرا للفظ أو يصح نظرا للمعنى وهو الإنفاق عليها إذ هو من جملة القرب ؟ وجهان ، حكاهما ابن الوكيل.

القاعدة السادسة

« العين المستعارة للرهن ؟ هل الغلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية ؟ قولان .

قال فى شرح المهذب والترجيح مختلف فى الفروع .

فمنها : هل للمعير الرجوع بعدقبض المرتهن إن قلنا عارية : نعم، أوضمان فلا، وهو الأصح .
ومنها : الأصح اشتراط معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته بناء على الضمان .
والثانى : لا ، بناء على العارية .

ومنها : هل له إجبار المستعير على فك الرهن؟ إن قلنا له الرجوع فلا، وإن قلنا لا فله ذلك على القول بالعارية ، وكذا على القول بالضمان إن كان حالا بخلاف المؤجل كمن ضمن دينا مؤجلا لايطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته .

ومنها : إذا حل الدين وبيع فيه، فإن قلنا عارية ، رجع المالك بقيمته، أوضمان ، رجع بما بيع به سواء كان أقل أو أكثر وهو الأصح .

ومنها : لو تلف تحت يد المرتهن ضمنه الراهن على قول العارية ، ولاشيء على قول الضمان لا على الراهن ولا على المرتهن .

والأصح فى هذا الفرع أن الراهن يضمنه، كذا قال النووى إنه المذهب ، فقد صحح هنا قول العارية .

ومنها : لو جنى فبيع فى الجناية فعلى قول الضمان، لاشىء على الراهن . ؟ وعلى قول العارية يضمن .

ومنها : لو أعتقه المالك . فإن قلنا : ضمان فهو كإعتاق المرهون . قاله فى التهذيب . وإن قلنا عارية : صح وكان رجوعا .

ومنها : لو قال : ضمنت مالك عليه فى رقبة عبدى هذا . قال القاضى حسين : يصح ذلك على قول الضمان ويكون كالإعارة للرهن .

تنبيه : عبر كثيرون بقولهم : هل هو ضمان أو عارية ، وقال الإمام : العقد فيه شائبة من هذا وشائبة من هذا . وليس القولان فى تمحض كل منهما بل هما فى أن المغلب منهما ماهو فلذلك عبرت به، وكذا فى القواعد الآتية.

القاعدة السابعة

« الحوالة هل هى بيع أو استيفاء ؟ خلاف »

قال فى شرح المهذب : والترجيح مختلف فى الفروع
فمنها : ثبوت الخيار فيها ، الأصح : لا ، بناء على أنها استيفاء ، وقيل : نعم بناء على أنها بيع.

ومنها : لو اشترى عبدا بمائة ، وأحال البائع بالثمن على رجل ، ثم رد العبد بعيب ، أو تحالف أو إقالة ونحوها ، فالأظهر البطلان ، بناء على أنها استيفاء . والثانى : لا ، بناء على أنها بيع .

ومنها : الثمن فى مدة الخيار فى جواز الحوالة به وعليه ، وجهان . قال فى التتمة : إن قلنا: استيفاء جاز ، أو بيع : فلا . كالتصرف فى البيع فى زمن الخيار ، والأصح : الجواز .

ومنها : لو احتال ، بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنا أو يقيم له ضامنا فوجهان ، إن قلنا : بأنها بيع جاز ، أو استيفاء ، فلا . والأصح : الثانى .

ومنها : لو أحال على من لا دين عليه برضاه ، فالأصح : بطلانها ، بناء على أنها بيع والثانى: يصح ، بناء على أنها استيفاء .

ومنها : فى اشتراط رضى المحال عليه ، إذا كان عليه دين : وجهان . إن قلنا : بيع ، لم يشترط ، لأنه حق المحيل ، فلا يحتاج فيه إلى رضى الغير ، وإن قلنا : استيفاء اشترط ، لتعذر إقراضه من غير رضاه . والأصح عدم الاشتراط .

ومنها : نجوم الكتابة فى صحة الحوالة بها ، وعليها أوجه .

أحدها : الصحة ، بناء على أنها استيفاء .

والثانى : المنع ، بناء على أنها بيع .

والأصح وجه ثالث ، وهو الصحة بها ، لا عليها . لأن للمكاتب أن يقضى حقه باختياره ، والحوالة عليه تؤدى إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره . وفى الوسيط وجه بعكس هذا والأوجه جارية فى السلم فيه .

ومنها : قال المتولى : لو أحال من عليه الزكاة الساعى جاز . إن قلنا استيفاء . وإن قلنا : بيع ، فلا . لامتناع أخذ العوض عن الزكاة .

ومنها : لو خرج المحال عليه مفلسا ، وقد شرط يساره ، فالأصح : لا رجوع له ، بناء على أنها استيفاء . والثانى ، نعم ، بناء على أنها بيع .

ومنها : لو قال رجل لمستحق الدين احتل على بدينك الذى فى ذمة فلان ، على أن تبرئه، فرضى واحتال ، وأبرأ المدين . فقيل يصح . وقيل لا ، بناء على أنها استيفاء إذ ليس للأصيل دين فى ذمة المحال عليه ، ذكره فى السلسلة .

ومنها : لو أحال أحد المتعاقدين الآخر فى عقد الربا ، وقبض فى المجلس . فإن قلنا :

استيفاء : جاز ، أو بيع : فلا ، والأصح المنع ، كما نقله السبكى فى تكملة شرح المهذب عن النص والأصحاب .

القاعدة الثامنة

« الإبراء ، هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟ قولان »

والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : الإبراء مما يجهله المبرىء ، والأصح فيه التمليك ، فلا يصح .

ومنها : إبراء المبهم ، كقوله لمدينيه : أبرأت أحدكما . والأصح فيه التمليك ، فلا يصح كما لو كان له فى يد كل واحد عبد ، فقال : ملكت أحدكما العبد الذى فى يده ، لا يصح .

ومنها : تعليقه ، والأصح فيه التمليك فلا يصح .

ومنها : لو عرف المبرىء قدر الدين ، ولم يعرفه المبرأ . والأصح فيه : الإسقاط . كما فى الشرح الصغير . وأصل الروضة فى الوكالة ، فيصح .

ومنها : اشتراط القبول ، والأصح فيه الإسقاط ، فلا يشترط .

ومنها : ارتداده بالرد ، والأصح فيه الإسقاط . فلا يصح .

ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه ، وهو لا يعلم موت الأب ، فبان ميتا . فإن قلنا : إسقاط صح جزما ، أو تمليك ، ففيه الخلاف فيمن باع مال مورثه ، ظانا حياته ، فبان ميتا .

ومنها : إذا وكل فى الإبراء ، فالأصح اشتراط علم الموكل بقدره ، دون الوكيل ، بناء على أنه إسقاط ، وعلى التمليك عكسه ، كما لو قال : بع بما باع به فلان فرسه ، فإنه يشترط لصحة البيع علم الوكيل ، دون الموكل .

ومنها : لو وكل المدين ليبرىء نفسه ، صح على قول الإسقاط ، وهو الأصح ، وجزم به الغزالى ، كما لو وكل العبد فى العتق والمرأة فى طلاق نفسها . ولا يصح على قول التمليك ، كما لو وكله ليبيع من نفسه .

ومنها : لو أبرأ ابنه عن دينه ، فليس له الرجوع . على قول الإسقاط . وله ، على التمليك ذكره الرافعى . وقال النووى : ينبغى أن لا يكون له رجوع على القولين ، كما لا يرجع إذا زال الملك عن الموهوب .

القاعدة التاسعة

« الإقالة ، هل هى فسخ ، أو بيع ؟ قولان »

والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : لو اشترى عبدا كافرا من كافر فأسلم ، ثم أراد الإقالة . فإن قلنا : بيع ، لم يجز ، أوفسخ ، جاز ، كالرد بالعيب فى الأصح .

ومنها : الأصح عدم ثبوت الخيارين فيها ، بناء على أنها فسخ . والثانى : نعم ، بناء على أنها بيع .

ومنها : الأصح لا يتجدد حق الشفعة ، بناء على أنها فسخ ، والثانى : نعم ، بناء على أنها بيع .

ومنها : إذا تقايلا فى عقود الربا ، يجب التقابض فى المجلس ، بناء على أنها بيع ، ولا يجب ، بناء على أنها فسخ ، وهو الأصح .

ومنها : تجوز الإقالة قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح . وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : تجوز فى السلم قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح . وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : لو تقايلا بعد تلف المبيع جاز ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح . ويرد مثل المبيع أو قيمته . وإن قلنا : بيع ، فلا .

ومنها : لو اشترى عبدين ، فتلف أحدهما جازت الإقالة فى الباقى . ويستتبع التالف على قول الفسخ ، وهو الأصح ، وعلى مقابله : لا .

ومنها : إذا تقايلا واستمر فى يد المشترى ، نفذ تصرف البائع فيه ، على قول الفسخ وهو الأصح ، ولا ينفذ على قول البيع .

ومنها : لو تلف فى يده بعد التقايل . انفسخت ، إن كانت بيعا ، وبقى البيع الأصلى بحاله وإن قلنا فسخ ضمنه المشترى ، كالمستام ، وهو الأصح .

ومنها : لو تعيب فى يده غرم الأرش ، على قول الفسخ ، وهو الأصح . وعلى الآخر يتخير البائع بين أن يجيز ، ولا أرش له ، أو يفسخ ويأخذ الثمن .

ومنها : لو استعمله بعد الإقالة ، فإن قلنا : فسخ ، فعليه الأجرة ، وهو الأصح ، أو بيع فلا .

ومنها : لو أطلع البائع على عيب حدث عند المشترى ، فلا رد له ، إن قلنا فسخ وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع ، فله الرد .

القاعدة العاشرة

« الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد ، أو ضمان يد ؟ قولان »

والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : الأصح ، لا يصح بيعه قبل قبضه ، بناء على ضمان العقد .

والثاني : يصح ، بناء على ضمان اليد .

ومنها : الأصح انفساخ الصداق إذا تلف ، أو أتلفه الزوج ، قبل قبضه ، والرجوع إلى مهر المثل ، بناء على ضمان العقد ، والثاني : لا . ويلزم مثله ، أو قيمته ، بناء على ضمان اليد .

ومنها : لو تلف بعضه ، انفسخ فيه ، لا في الباقي . بل لها الخيار . فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل ، على قول ضمان العقد . وهو الأصح ، وإلى قيمة العبدين على مقابله . وإن أجازت رجعت إلى حصة التالف من مهر المثل ، على الأصح ، وإلى قيمته على الآخر .

ومنها : لو تعيب فلها الخيار على الصحيح وفي وجه : لا خيار على ضمان العقد . فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل على الأصح والبدل على الآخر . وإن أجازت : فلا شيء لها على الأصح كالمبيع قبل القبض . وعلى ضمان اليد لها الأرش .

ومنها : المنافع الثابتة في يده لا يضمنها على الأصح بناء على ضمان العقد . ويضمنها بناء على ضمان اليد .

ومنها : لو زاد في يده زيادة منفصلة فللمرأة قطعا بناء على ضمان اليد وعلى ضمان العقد وجهان : كالمبيع .

ومنها : لو أصدقها نصابا ، ولم تقبضه حتى حال الحول ، وجبت عليها الزكاة في الأصح ، كالمغصوب ، ونحوه ، وفي وجه : لا ، بناء على ضمان العقد ، كالمبيع قبل القبض .

فقد صحح هنا قول ضمان اليد .

ومنها : لو كان دينا ، جاز الاعتياض عنه على الأصح ، بناء على ضمان اليد ، وعلى ضمان العقد لا يجوز ، كالمسلم فيه .

فهذه صورة أخرى صحح فيها قول ضمان اليد ،

القاعدة الحادية عشرة

« الطلاق الرجعى ، هل يقطع النكاح ، أولا ؟ قولان »

قال الرافعى : والتحقيق أنه لايطلق ترجيح واحد منهما ، لاختلاف الترجيح فى فروعه .

فمنها : لو وطئها فى العدة وراجع ، فالأصح وجوب المهر ، بناء على أنه ينقطع .

ومنها : لو مات عن رجعية ، فالأصح أنها لاتغسله ، والثانى : تغسله ، كالزوجة .

ومنها : لو خالعها ، فالأصح الصحة ، بناء على أنها زوجة .

ومنها : لوقال نسائى ، أو زوجاتى طوالق ، فالأصح دخول الرجعية فيهن .

تنبيهات الأول : جزم بالأول ، فى تحريم الوطء والاستمتاعات كلها ، والنظر ، والخلوة ، ووجوب استبرائها ، لو كانت رقيقة واشتراها .

وجزم بالثانى فى الإرث ، ولحوق الطلاق ، وصحة الظهار والإيلاء ، واللعان ووجوب النفقة .

الثانى : فى أصل القاعدة قول ثالث ، وهو الوقف ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة تبينا انقطاع النكاح بالطلاق ، وإن راجع ، تبينا أنه لم ينقطع .

ونظير ذلك : الأقوال فى الملك زمن الخيار .

الثالث : يعبر عن القاعدة بعبارة أخرى ، فيقال : الرجعة ، هل هى ابتداء النكاح أو استدامته ؟ فصحح الأول فيما إذا طلق المولى فى المدة ثم راجع ، فإنها تستأنف ، ولا تبنى . وصحح الثانى ، فى أن العبد يراجع بغير إذن سيده ، وأنه لايشترط فيها الإشهاد ، وأنها تصح فى الإحرام .

القاعدة الثانية عشرة

« الظهار ، هل المغلب فيه مشابهة الطلاق ، أو مشابهة اليمين ؟ فيه خلاف »

والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : إذا ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، فقال : أنتن على كظهر أمى ، فإذا أمسكهن لزمه أربع كفارات ، على الجديد ، فإن الطلاق لايفرق فيه بين أن يطلقهن بكلمة ، أو كلمات ، والقديم كفارة ، تشبيها باليمين ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، لايلزمه إلا كفارة واحدة .

ونظير هذا : الخلاف فيمن قذف جماعة بكلمة واحدة ، فيجد لكل واحد حداً في الأظهر والثاني حداً واحداً .

ومنها : هل يصح بالخط ؟ الأصح : نعم . كالطلاق ، صرح به الماوردي ، وأفهمه كلام الأصحاب ، حيث قالوا : كل ما استقل به الشخص ، فالخلاف فيه . كوقوع الطلاق بالخط ، وجزم القاضي حسين بعدم الصحة في الظهار ، كاليمين ، فإنها لا تصح إلا باللفظ .

ومنها : إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة على الاتصال ، ونوى الاستئناف . فالجديد يلزمه بكل كفارة ، كالطلاق ، والثاني : كفارة واحدة ، كاليمين .

ولو تفاصلت ، وقال : أردت التأكيد ، فهل يقبل منه ؟ الأصح : لا ، تشبيها بالطلاق . والثاني : نعم ، كاليمين .

ورجح الثاني في فروع :

منها : لو ظاهر مؤقتا ، فالأصح الصحة مؤقتا كاليمين ، والثاني : لا ، كالطلاق .

ومنها : التوكيل فيه ، والأصح المنع ، كاليمين ، والثاني : الجواز ، كالطلاق .

ومنها : لو ظاهر من إحدى زوجتيه ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، ونوى الظهار ، فقولان ، أحدهما : يصير مظاهرا منها أيضا ، كما لو طلقها ، ثم قال للأخرى أشركتك معها ، ونوى الطلاق ، والثاني : لا ، كاليمين .

القاعدة الثالثة عشرة

« فرض الكفاية . هل يتعين بالشروع ، أو لا ؟ فيه خلاف »

رجح في المطلب : الأول ، والبارزي في التمييز : الثاني .

قال في الخادم : ولم يرجح الرافعي والنووي شيئا ، لأنها عندهما من القواعد التي لا يطلق فيها الترجيح ، لا ختلاف الترجيح في فروعها :

فمنها : صلاة الجنازة ، الأصح تعينها بالشروع ، لما في الإعراض عنها من هتك حرمة الميت.

ومنها : الجهاد ، ولا خلاف أنه يتعين بالشروع . نعم جرى خلاف في صورة منه وهي : ما إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه . والأصح . أنه تجب المصابرة ، ولا يجوز الرجوع.

ومنها : العلم، فمن اشتغل به وحصل منه طرفا وأنس منه الأهلية ، هل يجوز له تركه أو يجب عليه الاستمرار ؟ وجهان . الأصح : الأول. ووجه بأن كل مسألة مستقلة برأسها منقطعة عن غيرها.

قال العلائي : مقتضى كلام الغزالي : أن الأصح فيما سوى القتال ، وصلاة الجنازة ، من فروض الكفاية : أنها لا تتعين بالشروع ، وينبغي أن يلحق بها غسل الميت وتجهيزه .

قلت : صرح بما اقتضاه كلام الغزالي البارزي في التمييز .

ولك أن تبدل هذه القاعدة بقاعدة أعم منها . فتقول : فرض الكفاية ، هل يعطى حكم فرض العين ، أو حكم النفل ؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : الجمع بينه وبين فرض آخر بتيمم . فيه وجهان . والأصح : الجواز .

ومنها : صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة . وعلى الراحلة . فيه خلاف . والأصح :المنع . وفرق بأن القيام معظم أركانها ، فلم يجز تركه مع القدرة، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم .

ومنها : هل يجبر عليه تاركه ، حيث لم يتعين ؟ فيه صور مختلفة ، فالأصح الإجبار في صورة الولي والشاهد إذا دعي للأداء ، مع وجود غيره ، وعدمه فيما إذا دعي للتحمل وفيما إذا امتنع من الخروج معها للتغريب ، وفيما إذا طلب للقضاء ، فامتنع .

القاعدة الرابعة عشرة

« الزائل العائد ، هل هو كالذي لم يزل ، أو كالذي لم يعد ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف ، فرجح الأول في فروع :

منها : إذا طلق قبل الدخول ، وقد زال ملكها عن الصداق وعاد ، تعلق بالعين في الأصح.

ومنها : إذا طلقت رجعيا . عاد حقها في الحضانة في الأصح .

ومنها : إذا تخمر المرهون بعد القبض ، ثم عاد خلا ، يعود رهنا في الأصح .

ومنها : إذا باع ما اشتراه ، ثم علم به عيبا ، ثم عاد إليه بغير رد فله رده ، في الأصح .

ومنها : إذا خرج المعجل له الزكاة في أثناء الحول عن الاستحقاق ، ثم عاد . تجزئ في الأصح

ومنها : إذا فاتته صلاة في السفر ، ثم أقام ، ثم سافر . يقصرها ، في الأصح .

ومنها : إذا زال ضوء إنسان ، أو كلامه ، أو سمعه ، أو ذوقه ، أو شمه ، أو أفضاها ثم عاد . يسقط القصاص ، والضمان ، في الأصح .

ورجح الثاني في فروع :

منها : لو زال الموهوب عن ملك الفرع ، ثم عاد . فلا رجوع للأصل في الأصح .

ومنها : لو زال ملك المشتري ، ثم عاد وهو مفلس ، فلا رجوع للبائع في الأصح .

ومنها : لو أعرض عن جلد ميتة ، أو خمر ، فتحول بيد غيره . فلا يعود الملك فى الأصح .

ومنها : لو رهن شاة ، فماتت ، فدبغ الجلد ، لم يعد رهنا فى الأصح .

ومنها : لو جن قاض ، أو خرج عن الأهلية ، ثم عاد . لم تعد ولايته فى الأصح .

ومنها : لو قلع سن مثغور ، أو قطع لسانه ، أو أليته . فنبتت ، أوضحت ؛ أو أجافه ، فالتأمت . لم يسقط القصاص ، والضمان فى الأصح .

ومنها : لو عادت الصفة المحلوف عليها ، لم تعد اليمين فى الأصح .

ومنها : لو هزلت المغصوبة عند الغاصب ، ثم سمنت . لم يجبر . ولم يسقط الضمان فى الأصح.

ومنها : إذا قلنا : للمقرض الرجوع فى عين القرض، مادام باقيا بحاله . فلو زال وعاد فهل يرجع فى عينه ؟ وجهان فى الحاوى .

قلت : ينبغى أن يكون الأصح : لا .

تنبيه : جزم بالأول فى صور :

منها : إذا اشترى معيبا وباعه ، ثم علم العيب ورد عليه به ، فله رده قطعا .

ومنها : إذا فسق الناظر ، ثم صار عدلا ، وولايته بشرط الواقف منصوصا عليه . عادت ولايته ، وإلا فلا . أفتى به النووى ، ووافقه ابن الرفعة .

وجزم بالثانى فى صور :

منها : إذا تغير الماء الكثير بنجاسة ، ثم زال التغير عاد طهورا . فلو عاد التغير بعد زواله والنجاسة غير جامدة ، لم يعد التنجيس قطعا . قاله فى شرح المهذب .

ولو زال الملك عن العبد قبل هلال شوال ، ثم ملكه بعد الغروب . لا تجب عليه فطرته قطعا.

ولو سمع بينته ثم عزل قبل الحكم ثم عادت ولايته فلا بد من إعادتها قطعا .

ولو قال : إن دخلت دار فلان مادام فيها ، فأنت طالق ، فتحول ، ثم عاد إليها ، لا يقع الطلاق قطعا ، لأن إدامة المقام ، التى انعقدت عليها اليمين قد انقطعت . وهذا عود جديد ، وإدامته إقامة مستأنفة ، نقله الرافعى .

فرع : وقع فى الفتاوى : أن رجلا وقف على امرأته مادامت عزبا ، يعنى بعد وفاته . فتزوجت ثم عادت عزبا ، فهل يعود الاستحقاق أولا ؟ وقد اختلف فيه مشايخنا . فأفتى شيخنا قاضى القضاة شرف الدين المناوى ، وبعض الحنفية بالعود . وأفتى شيخنا البلقينى وكثير بعدمه . وهو المتجه .

ثم رأيت فى تنزيه النواظر ، فى رياض الناظر للإسنوى مانصه الحكم المعلق على قوله « مادام كذا وكذا » ينقطع بزوال ذلك ، وإن عاد .

مثاله : إذا حلف لايصطاد مادام الأمير فى البلد . فخرج الأمير ، ثم عاد ، فاصطاد الحالف فإنه لا يحنث ، لأن الدوام قد انقطع بخروجه ، كذا نقله الرافعى .

قال الإسنوى : وقياسه أنه إذا وقف على زيد؛ مادام فقيرا ، فاستغنى، ثم افتقر، لم يستحق شيئا.

القاعدة الخامسة عشرة

« هل العبرة بالحال ، أو بالمآل »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف .

ويعبر عن هذه القاعدة بعبارات :

منها : ما قارب الشىء ، هل يعطى حكمه ؟ .

والمشرف على الزوال ، هل يعطى حكم الزائل ؟

والمتوقع ، هل يجعل كالواقع ؟ .

وفيها فروع :

منها : إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا ، فأتلفه قبل الغد ، فهل يحنث فى الحال أو حتى يجىء الغد ؟ وجهان . أصحهما : الثانى .

ومنها : لوكان القميص ، بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ، ولا تظهر عند القيام فهل تنعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل ، أو لا تنعقد أصلا ؟ وجهان . أصحهما الأول .

ونظيرها : لو لم يبق من مدة الخف مايسع الصلاة ، فأحرم بها ، فهل تنعقد ؟ فيه وجهان، الأصح : نعم .

وفائدة الصحة فى المسألتين صحة الاقتداء به ، ثم مفارقته .

وفى المسألة الأولى : صحتها إذا ألقى على عاتقه ثوبا قبل الركوع .

قال صاحب المعين : وينبغى القطع بالصحة فيما إذا صلى على جنازة ، إذا لاركوع فيها .

ومنها : من عليه عشرة أيام من رمضان ، فلم يقضها حتى بقى من شعبان خمسة أيام ، فهل يجب فدية مالا يسعه الوقت فى الحال ، أولا يجب حتى يدخل رمضان ؟ فيه وجهان شبههم الرافعى وغيره بما إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز غدا ، فانصب قبل الغد .

قال السبكي : وفى هذا التشبيه نظر . لأن الصحيح فيما إذا انصب بنفسه ، عدم الحنث .

ونظيره هنا : إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت . ولا شك أنه لا يجب عليه شيء ، فيجب فرض المسألة فيما إذا كان التمكن سابقا ، وحينئذ فنظيره : أن يصب هو الماء ، فإنه يحنث ، وفى وقت حنثه الوجهان .

قال الرافعى : الذى أورده ابن كج : أنه لا يحنث إلا عند مجيء الغد ، وعلى قياسه هنا لا يلزم إلا بعد مجيء رمضان .

ومنها : لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل ، فانقطع قبل الحلول ، فهل يتنجز حكم الانقطاع وهو ثبوت الخيار فى الحال ، أو يتأخر إلى المحل ؟ وجهان . أصحهما الثانى .

ومنها : لو نوى فى الركعة الأولى الخروج من الصلاة فى الثانية ، أو علق الخروج بشيء يحتمل حصوله فى الصلاة ، فهل تبطل فى الحال ، أو حتى توجد الصفة ؟ وجهان . أصحهما الأول .

ومنها : من عليه دين مؤجل يحل قبل رجوعه ، فهل له السفر ، إذ لا مطالبة فى الحال أولا إلا بإذن الدائن ، لأنه يجب فى غيبته ؟ وجهان أصحهما الأول .

ومنها : إذا استأجر امرأة أشرفت على الحيض لكنس المسجد . جاز ، وإن ظن طروءه ، وللقاضى حسين احتمال بالمنع ، كالسن الوجيعة ، إذا احتمل زوال الألم .

والفرق على الأصح أن الكنس فى الجملة جائز ، والأصل عدم طروء الحيض .

ومنها هل العبرة فى مكافأة القصاص بحال الجرح ، أو الزهوق .

ومنها : هل العبرة فى الإقرار للوارث بكونه وارثا حال الإقرار ، أو الموت ؟ وجهان أصحهما الثانى ، كالوصية .

ومنها : هل العبرة بالثلث الذى يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو الموت ؟ . وجهان أصحهما الثانى . ومقابله قاسه على مالو نذر التصدق بماله .

ومنها : هل العبرة فى الصلاة المقضية بحال الأداء ، أو القضاء ؟ وجهان يأتيان فى مبحثه .

ومنها : هل العبرة فى تعجيل الزكاة بحال الحول أو التعجيل .

ومنها : هل العبرة فى الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو الأداء ؟ قولان أصحهما : الثانى ،

ومنها : هل العبرة فى طلاق السنة أو البدعة ، بحال الوقوع أو التعليق .

ومنها : تربية جرو الكلب لما يباح تربية الكبير له .

ومنها : الجارية المبيعة ، هل يجوز وطؤها بعد الترافع إلى مجلس الحكم قبل التحالف ؟ وجهان ، أصحهما نعم ، وبعد التحالف وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع .

ومنها : لو حدث فى المغصوب نقص يسرى إلى التلف ، بأن جعل الحنطة هريسة ، فهل هو كالتالف أولا ، بل يرده مع أرش النقص ؟ قولان أصحهما : الأول.

تنبيه : جزم باعتبار الحال فى مسائل :

منها : إذا وهب للطفل من يعتق عليه ـ وهو معسر ـ وجب على الولى قبوله ، لأنه لا يلزمه نفقته فى الحال ، فكان قبول هذه الهبة تحصيل خير ، وهو العتق بلا ضرر ولا ينظر إلى ما لعله يتوقع من حصول يسار للصبى ، وإعسار لهذا القريب لأنه غير متحقق أنه آيل .

وجزم باعتبار المآل فى مسائل :

منها : بيع الجحش الصغير جائز ، وإن لم ينتفع به حالا لتوقع النفع به مآلا .

ومنها : جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه فى المآل ، لا فى الحال .

ومنها : المساقاة على ما لا يثمر فى السنة ويثمر بعدها ، جائز بخلاف إجارة الجحش الصغير لأن موضوع الإجارة تعجيل المنفعة ، ولا كذلك المساقاة ، إذ تأخر الثمار محتمل فيها .

كذا فرق الرافعى .

قال ابن السبكى ، وبه يظهر لك أن المنفعة المشترطة فى البيع ، غير المشترطة فى الإجارة إذ تلك أعم من كونها حالا أو مآلا ، ولا كذلك الإجارة .

تنبيه

« يلتحق بهذه القاعدة قاعدة « تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر »

وفيها فروع :

منها : فى الفقر والمسكنة ، قطعوا بأن القادر على الكسب كواجد المال .

ومنها : فى سهم الغارمين ، هل ينزل الاكتساب منزلة المال ، فيه وجهان ، الأشبه . لا وفارق الفقير والمسكين بأن الحاجة تتجدد كل وقت ، والكسب يتجدد كذلك ، والغارم محتاج إلى وفاء دينه الآن ، وكسبه متوقع فى المستقبل .

ومنها : المكاتب إذا كان كسوبا ، هل يعطى من الزكاة ؟ فيه وجهان ، الأصح : نعم كالغارم.

ومنها : إذا حجر عليه بالفلس ، أنفق على من تلزمه نفقته من ماله إلى أن يقسم ، إلا أن يكون كسوبا .

ومنها : إذا قسم ماله بين غرمائه وبقى عليه شىء وكان كسوبا ، لم يجب عليه الكسب لوفاء الدين. قال الفراوى : إلا أن يكون الدين لزمه بسبب هو عاص به ، كإتلاف مال إنسان عدوانا ؛ فإنه يجب عليه أن يكتسب لوفائه ، لأن التوبة منه واجبة ومن شروطها :

إيصال الحق إلى مستحقه فيلزمه التوصل إليه ، حكاه عنه ابن الصلاح فى فوائد رحلته .

ومنها : من له أصل وفرع ولا مال له ، هل يلزمه الاكتساب للإنفاق عليهما ؟ وجهان. أحدهما : لا ، كما لا يجب لوفاء الدين ، والأصح : نعم ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذلك إحياء بعضه .

وفى التتمة : أن محل الخلاف بالنسبة إلى نفقة الأصول ، أما بالنسبة إلى نفقة الفروع فيجب الاكتساب قطعا ، لأن نفقة الأصول سبيلها سبيل المواساة فلا يكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة ونفقة الفروع بسبب حصول الاستمتاع . فألحقت بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهى نفقة الزوجة .

قال الرافعى : هذا ذهاب إلى القطع بوجوب الاكتساب لنفقة الزوجة ، وهو الظاهر لكن فى كلام الإمام وغيره : أن فيها أيضا وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب ، وهى أولى بالمنع ، لالتحاقها بالديون .

ومنها : المنفق عليه من أصل وفرع لو كان قادرا على الاكتساب فهل يكلف به ، ولا تجب نفقته ؟ أقوال . أصحها : لا يكلفها الأصل . لعظم حرمة الأبوة فتجب نفقته، بخلاف الفرع.

والثانى : يكلفان ، لأن القادر على الكسب مستغن عن أن يحمل غيره كله .

والثالث : لا يكلفان ، وتجب نفقتهما إذ يقبح أن يكلف الإنسان قريبه الكسب مع اتساع ماله.

ومنها : إذا كان الأب قادرا على كسب مهر حرة ، أو ثمن سرية . لا يجب إعفافه . وينزل منزلة المال الحاضر . قاله الشيخ أبو على ،

قال الرافعى : وينبغى أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى النفقة .

ومنها : لو أجر السفيه نفسه ، هل يبطل ، كبيعه شيئا من أمواله ؟ .

حكى القاضى حسين العبادى فيه وجهين . وفى الحاوى : إن أجر نفسه فيما هو مقصود من

عمله، مثل أن يكون صانعا ، وعمله مقصود فى كسبه لم يصح ، ويتولى العقد عليه وإن كان غير مقصود ، مثل أن يؤجر نفسه فى حج ، أو وكالة فى عمل صح ، لأنه إذا جاز أن يتطوع عن غيره بعمله ، فأولى أن يجوز بعوض ، كما قالوا : يصح خلعه لأن له أن يطلق مجانا ، فبالعوض أولى. انتهى .

تنبيه :

« وأعم من هذه القاعدة قاعدة : « ماقارب الشىء هل يعطى حكمه ؟ »

وفيه فروع :

منها – غير ماتقدم – الديون المساوية لمال المفلس . هل توجب الحجر عليه ؟ وجهان . الأصح : لا وفى المقاربة للمساواة الوجهان وأولى بالمنع .

ومنها : الدم الذى تراه الحامل حال الطلق ليس بنفاس على الصحيح .

ومنها : لا يملك المكاتب مافى يده على الأصح ووجه مقابله أنه قارب العتق .

القاعدة السادسة عشرة

« إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف فى الفروع .

فمنها : إذا تحرم بالفرض فبان عدم دخول الوقت بطل خصوص كونها ظهرا مثلا . وتبقى نفلا فى الأصح .

ومنها : لو نوى بوضوئه الطواف – وهو بغير مكة – فالأصح الصحة ، إلغاء للصفة .

ومنها : لو أحرم بالحج فى غير أشهره بطل . وبقى أصل الإحرام ، فينعقد عمرة فى الأصح

ومنها لو علق الوكالة بشرط فسدت . وجاز له التصرف ، لعموم الإذن فى الأصح .

ومنها : لو تيمم لفرض قبل وقته . فالأصح البطلان ، وعدم استباحة النفل به .

ومنها : لو وجد القاعد خفة فى أثناء الصلاة ، فلم يقم . بطلت . ولا يتم نفلا فى الأظهر .

تنبيه : جزم ببقائه فى صور :

منها : إذا أعتق معيبا عن كفارة ، بطل كونه كفارة ، وعتق جزما .

ومنها : لو أخرج زكاة ماله الغائب، فبان تالفا ، وقعت تطوعا قطعا .

وجزم بعدمه فى صور :

منها : لو وكله ببيع فاسد ، فليس له البيع قطعا ، لاصحيحا ، لأنه لم يأذن فيه ولا فاسدا ، لعدم إذن الشرع فيه .

ومنها : لو أحرم بصلاة الكسوف ، ثم تبين الانجلاء قبل تحرمه بها . لم تنعقد نفلا قطعا ، لعدم نفل على هيئتها ، حتى يندرج فى نيته .

ومنها : لو أشار إلى ظبية . وقال : هذه أضحية لغا . ولا يلزمه التصدق بها قطعا ، قاله فى شرح المهذب .

القاعدة السابعة عشرة

« الحمل ، هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : بيع الحامل إلا حملها ، فيه قولان . أظهرهما لايصح ، بناء على أنه مجهول . واستثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولا .

ومنها : بيع الحامل بحر ، وفيه وجهان . أصحهما البطلان ، لأنه مستثنى شرعا ، وهو مجهول .

ومنها : لو قال : بعتك الجارية أو الدابة وحملها أو بحملها أو مع حملها . وفيه وجهان . الأصح البطلان أيضا لما تقدم .

ومنها : لو باعها بشرط أنها حامل . ففيه قولان أحدهما البطلان . لأنه شرط معها شيئا مجهولا وأصحهما : الصحة بناء على أنه معلوم ، لأن الشارع أوجب الحوامل فى الدية .

ومنها : هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن ؟ وهل يسقط من الثمن حصته ، لو تلف قبل القبض ؟ وهل للمشترى بيع الولد قبل القبض ، الأصح نعم فى الأوليين ، ولا فى الثالثة ، بناء على أنه يعلم ويقابله قسط من الثمن .

ومنها : لو حملت أمة الكافر الكافرة من كافر فأسلم . فالحمل مسلم فيحتمل أن يؤمر مالك الأمة الكافرة بإزالة ملكه عن الأم إن قلنا ، الحمل يعطى حكم المعلوم قاله فى البحر .

ومنها : الإجارة للحمل والأظهر كما قال العراقى الجواز ؛ بناء على أنه معلوم .

تنبيه : جزم بإعطائه حكم المجهول فيما إذا بيع وحده فلا يصح قطعا وبإعطائه حكم المعلوم فى الوصية له أو الوقف عليه فيصحان قطعا .

القاعدة الثامنة عشرة

« النادر . هل يلحق بجنسه أو بنفسه ؟ »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

فمنها : مس الذكر المبان فيه وجهان ، أصحهما أنه ينقض لأنه يسمى ذكرا .

ومنها : لمس العضو المبان من المرأة ، فيه وجهان أصحهما عدم النقض لأنه لايسمى امرأة، والنقض منوط بلمس المرأة .

ومنها : النظر إلى العضو المبان من الأجنبية ، وفيه وجهان أصحهما : التحريم .

ووجه مقابله : ندور كونه محل فتنة ، والخلاف جار في قلامة الظفر .

ومنها : لوحلف لا يأكل اللحم ، فأكل الميتة ففيه وجهان ، أصحهما عند النووي . عدم الحنث . ويجريان فيما لو أكل مالا يؤكل ، كذئب وحمار .

ومنها : الاكتساب النادر ، كالوصية واللقطة والهبة هل تدخل في المهايأة في العبدالمشترك وجهان الأصح نعم .

ومنها : جماع الميتة يوجب عليه الغسل والكفارة عن إفساد الصوم والحج ولا يوجب الحد ولا إعادة غسلها ، على الأصح فيهما ، ولا المهر .

ومنها : يجزىء الحجر في المذى والودى على الأصح .

ومنها : يبقى الخيار للمتبايعين إذا داما أياما على الأصح .

ومنها : في جريان الربا في الفلوس إذا راجت رواج النقود . وجهان أصحهما لا .

ومنها : مايتسارع إليه الفساد في شرط الخيار . فيه وجهان أصحهما لايجوز .

تنبيه : جزم بالأول في صور :

منها : من خلق له وجهان لم يتميز الزائد منهما ، يجب غسلهما قطعا .

ومن خلقت بلا بكارة لها حكم الأبكار قطعا .

ومن أتت بولد لستة أشهر ولحظتين من الوطء يلحق قطعا وإن كان نادرا .

وجزم بالثانى في صور :

منها : الأصبع الزائدة ، لاتلحق بالأصلية في الدية قطعا ، وكذا سائر الأعضاء .

القاعدة التاسعة عشرة

« القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن »

فيه خلاف ؛ والترجيح مختلف في الفروع .

فمنها : من معه إناءان ، أحدهما نجس ، وهوقادر على يقين الطهارة بكونه على البحر أوعنده ثالث طاهر ، أويقدر على خلطهما وهما قلتان . والأصح : أن له الاجتهاد .

ومنها : لوكان معه ثوبان ، أحدهما نجس ، وهوقادر على طاهر بيقين ، والأصح أن له الاجتهاد.

ومنها : من شك في دخول الوقت وهو قادر على تمكين الوقت ، أو الخروج من البيت المظلم لرؤية الشمس ، والأصح أن له الاجتهاد .

ومنها : الصلاة إلى الحجر ، الأصح : عدم صحتها إلى القدر الذى ورد فيه أنه من البيت .

وسببه : اختلاف الرويات ، ففى لفظ « الحجر من البيت » وفى لفظ « سبعة أذرع » ، وفى آخر « ستة » وفى آخر « خمسة » والكل فى صحيح مسلم ، فعدلنا عنه إلى اليقين ، وهو الكعبة.

وذكر من فروعها أيضا : الاجتهاد بحضرته ﷺ وفى زمانه والأصح جوازه .

تنبيه : جزم بالمنع فيما إذا وجد المجتهد نصا ، فلايعدل عنه إلى الاجتهاد جزما ، وفى المكى لايجتهد فى القبلة جزما .

وفرق بين القبلة والأوانى بأن فى الإعراض عن الاجتهاد فى الآنية إضاعة مال وبأن القبلة فى جهة واحدة ، فطلبها مع القدرة عليها فى غيرها عبث والماء جهاته متعددة .

وجزم بالجواز ، فيمن اشتبه عليه لبن طاهر ومتنجس ومعه ثالث طاهر بيقين ، ولا اضطرار فإنه يجتهد بلا خلاف . نقله فى شرح المهذب .

القاعدة العشرون

« المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟ »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : طريان الكثرة على الاستعمال ، والشفاء على المستحاضة فى أثناء الصلاة ، والردة على الإجرام ، وقصد المعصية على سفر الطاعة وعكسه ، والإحرام على ملك الصيد وأحد العيوب على الزوجة والحلول على دين المفلس الذى كان مؤجلا ، وملك المكاتب زوجة سيده ، والوقوف على الزوجة ، أعنى إذا وقفت زوجته عليه .

والأصح في الكل : أن الطارئ كالمقارن فيحكم للماء بالطهورية وللصلاة والإحرام بالإبطال ، وللمسافر بعدم الترخص في الأولى، وبالترخص في الثانية ، وبإزالة الملك عن الصيد وبإثبات الخيار للزوج ، وبرجوع البائع في عين ماله ، وبانفساخ النكاح في شراء المكاتب ، والموقوفة كما لا يجوز له نكاح من وقفت عليه ابتداء .

ومنها : طريان القدرة على الماء في أثناء الصلاة ، ونية التجارة بعد الشراء ، وملك الابن على زوجة الأب والعتق على من نكح جارية ولده واليسار ونكاح الحرة على حر نكح أمة وملك الزوجة لزوجها بعد الدخول قبل المهر ، وملك الإنسان عبدا له في ذمته دين ، والإحرام على الوكيل في النكاح ، والاسترقاق على حربي استأجره مسلم والعتق على عبد آجره سيده مدة .

والأصح في الكل أن الطارئ ليس كالمقارن فلا تبطل الصلاة ولا تجب الزكاة ، ولا ينفسخ النكاح في الصور الأربع ؛ ولا يسقط المهر والدين عن ذمة العبد ، ولا تبطل الوكالة ولا تنفسخ الإجارة في الصورتين .

تنبيه : جزم بأن الطارئ كالمقارن ، في صور :

منها : طريان الكثرة على النجس، والرضاع المحرم ، والردة على النكاح ، ووطء الأب أو الابن أو الأم أو البنت بشبهة ، وملك الزوج الزوجة أو عكسه . والحدث العمد على الصلاة ، ونية القنية على عروض التجارة ، وأحد العيوب على الزوج .

وجزم بخلافه في صور :

منها : طريان الإحرام وعدة الشبهة ، وأمن العنت على النكاح والإسلام على السبي ، فلا يزيل الملك ووجدان الرقبة في أثناء الصوم ، الإباق . وموجب الفساد على الرهن ، والإغماء على الاعتكاف ، والإسلام على عبد الكافر فلا يزيل الملك ، بل يؤمر بإزالته ، ودخول وقت الكراهة على التيمم لا يبطله بلا خلاف ؛ ولو تيمم فيه للنفل لم يصح .

خاتمة : يعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة :

« يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء » .

ولهم قاعدة عكس هذه ، وهي :

« يغتفر في الابتداء مالا يغتفر في الدوام » .

ومن فروعها :

إذا طلع الفجر وهو مجامع ، فنزع فى الحال صح صومه .

ولو وقع مثل ذلك فى أثناء الصوم أبطله .

ومنها : لو أحرم مجامعا بحج أو عمرة ، فأوجه .

أحدها : ينعقد صحيحا .

وبه جزم الرافعى فى باب الإحرام ، وأقره فى الروضة .

فإن نزع فى الحال استمر وإلا فسد نسكه ، وعليه البدنة والقضاء والمضى فى الفاسد .

فعلى هذا اغتفر الجماع فى ابتداء الإحرام . ولم يغتفر فى أثنائه .

والوجه الثانى : لاينعقد أصلا وهو الأصح فى زوائد الروضة .

والثالث : وهو الأصح ينعقد فاسدا ، فإن نزع فى الحال لم تجب البدنة ، وإن مكث وجبت .

والفرق بينه وبين الصوم أن طلوع الفجر ليس من فعله بخلاف إنشاء الإحرام .

ومنها : الجنون ، لايمنع ابتداء الأجل فيجوز لو ليه أن يشترى له شيئا بثمن مؤجل ويمنع دوامه على قول ، صححه فى الروضة فيحل عليه الدين المؤجل إذا جن .

ولكن المعتمد خلافه .

ومنها : وهى أجل مما تقدم — الفطرة ، لايباع فيها المسكن والخادم ،

قال الأصحاب ، هذا فى الابتداء فلو ثبتت الفطرة فى ذمة إنسان بعنا خادمه ومسكنه فيها ، لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون .

ومنها : إذا مات للمحرم قريب وفى ملكه صيد ، ورثه على الأصح ثم يزول ملكه عنه على الفور .

ومنها : الوصية بملك الغير ، الراجح صحتها حتى إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له .

ولو أوصى بما يملكه ثم أزال الملك فيه ، بطلت الوصية ، كذا جزموا به .

قال الإسنوى ، وكان القياس أن تبقى الوصية بحالها ، فإن عاد إلى ملكه أعطيناه الموصى له كما لو لم يكن فى ملكه حال الوصية ، بل الصحة هنا أولى انتهى .

وعلى ماجزموا به ، قد اغتفر فى الابتداء مالم يغتفر فى الدوام .

ومنها : إذا حلف بالطلاق لايجامع زوجته ، لم يمنع من إيلاج الحشفة على الصحيح . ويمنع من الاستمرار ، لأنها صارت أجنبية .

الكتاب الرابع

فى أحكام يكثر دورها ويقبح بالفقيه جهلها

« القول فى الناسى ، والجاهل ، والمكره »

قال رسول الله ﷺ « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

هذا حديث حسن . أخرجه ابن ماجه ، وابن حبان فى صحيحه ، والحاكم فى مستدركه بهذا اللفظ من حديث ابن عباس :

وأخرجه الطبرانى والدار قطنى من حديثه بلفظ « تجاوز » بدل « وضع » .

وأخرجه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمى فى فوائده من حديثه ، بلفظ « رفع » .

وأخرجه ابن ماجه أيضا ، من طريق أبى بكر الهذلى عن شهر عن أبى ذر قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

وأخرجه بهذا اللفظ الطبرانى فى الكبير من حديث ثوبان .

وأخرجه فى الأوسط من حديث ابن عمر، وعقبة بن عامر ، بلفظ «وضع عن أمتى» إلى آخره.

وإسناد حديث ابن عمر صحيح .

وأخرجه ابن عدى فى الكامل ، وأبو نعيم فى التاريخ ، من حديث أبى بكرة ، بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة الخطأ ، والنسيان ، والأمر يكرهون عليه » .

وأخرجه ابن أبى حاتم ، فى تفسيره من طريق أبى بكر الهذلى ، عن شهر بن حوشب، عن أم الدرداء .

عن النبى ﷺ قال « إن الله تجاوز لأمتى عن ثلاث : الخطأ ، والنسيان ، والاستكراه » .

قال أبو بكر : فذكرت ذلك للحسن ، فقال : أجل . أما تقرأ بذلك قرآنا (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) ؟ .

وأبو بكر ضعيف ، وكذا شهر . وأم الدرداء إن كانت الصغرى فالحديث مرسل . وإن كانت الكبرى فهو منقطع .

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا خالد بن عبد الله ، عن هشام ، عن الحسن ، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله عفا لكم عن ثلاث : عن الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهتم عليه » .

وقال أيضا : حدثنا إسماعيل بن عياش ، حدثنى جعفر بن حبان العطاردى . عن الحسن

قال سمعته يقول :قال رسول الله ﷺ « تجاوز الله لابن آدم عما أخطأ ، وعما نسى ، وعما أكره وعما غلب عليه » .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة « إن الله تجاوز لأمتى عما توسوس به صدورها مالم تعمل ، أو تتكلم به ، وما استكرهوا عليه » .

فهذه شواهد قوية تقضى للحديث بالصحة .

اعلم أن قاعدة الفقه أن النسيان والجهل ، مسقط للإثم مطلقا .

وأما الحكم فإن وقعا فى ترك مأمور لم يسقط . بل يجب تداركه . ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتمار ، أو فعل منهى ، ليس من باب الإتلاف فلاشىء فيه ، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان . فإن كان يوجب عقوبة كان شبهة فى إسقاطها .

وخرج عن ذلك صور نادرة ، فهذه أقسام .

فمن فروع القسم الأول .

من نسى صلاة ، أو صوما أو حجا ، أو زكاة ، أو كفارة ، أو نذرا وجب تداركه بالقضاء بلا خلاف .

وكذا لو وقف بغير عرفة . يجب القضاء اتفاقا .

ومنها : من نسى الترتيب فى الوضوء .

أو نسى الماء فى رحله ، فتيمم وصلى ثم ذكره .

أو صلى بنجاسة لايعفى عنها ناسيا ، أو جاهلا بها .

أو نسى قراءة الفاتحة فى الصلاة .

أو تيقن الخطأ فى الاجتهاد ، فى الماء ، والقبلة ، والثوب وقت الصلاة ، والصوم ، والوقوف ، بأن بان وقوعها قبله .

أو صلوا لسواد ظنوه عدوا ، فبان خلافه .

أو دفع الزكاة إلى من ظنه فقيرا . فبان غنيا .

أو استناب فى الحج لكونه معضوبا فبرأ .

وفى هذه الصور كلها خلاف .

قال فى شرح المهذب بعضه كبعض ، وبعضه مرتب على بعض ، أو أقوى من بعض . والصحيح فى الجميع عدم الإجزاء ، ووجوب الإعادة .

ومأخذ الخلاف أن هذه الأشياء ، هل هي من قبيل المأمورات التي هي شروط ، كالطهارة عن الحدث ، فلا يكون النسيان والجهل عذرا في تركها ، لفوات المصلحة منها ، أو أنها من قبيل المناهي كالأكل ، والكلام ، فيكون ذلك عذرا ؟ والأول أظهر .

ولذلك تجب الإعادة ، بلاخلاف ، فيما لونسى نية الصوم ، لأنها من قبيل المأمورات .

وفيما لو صادف صوم الأسير ، ونحوه الليل ، دون النهار ، لأنه ليس وقتا للصوم كيوم العيد ، ذكره في شرح المهذب .

ولو صادف الصلاة أو الصوم ، بعد الوقت ، أجزأ بلاخلاف ، لكن هل يكون أداء للضرورة ، أو قضاء ، لأنه خارج عن وقته ؟ قولان ، أووجهان . أصحهما الثاني .

ويتفرع عليه :

ما لو كان الشهر ناقصا ورمضان تاما .

وأما الوقوف إذا صادف مابعد الوقت . فإن صادف الحادي عشر لم يجز ، بلا خلاف ، كما لو صادف السابع ، وإن صادف العاشر أجزأ ، ولاقضاء ، لأنهم لوكلفوا به لم يأمنوا الغلط في العام الآتي أيضا .

ويستثنى ما إذا قل الحجيج ، على خلاف العادة ، فإنه يلزمهم القضاء ، في الأصح لأن ذلك نادر .

وفرق بين الغلط في الثامن والعاشر بوجهين .

أحدهما : أن تأخير العبادة عن الوقت ، أقرب إلى الاحتساب من تقديمه عليه .

والثاني : أن الغلط بالتقديم يمكن الاحتراز عنه ، فإنما يقع الغلط في الحساب ، أو لخلل في الشهود ، الذين شهدوا بتقديم الهلال .

والغلط بالتأخير قد يكون بالغيم المانع من الرؤية ، ومثل ذلك لا يمكن الاحتراز عنه .

ثم صورة المسألة كما قال الرافعي أن يكون الهلال غم ، فأكملوا ذا القعدة ثلاثين ، ثم قامت بينة برؤيته ليلة الثلاثين .

أما لو وقع الغلط ، بسبب الحساب . فإنه لايجزىء ، بلاشك ، لتفريطهم ، وسواء تبين لهم ذلك بعد العاشر ، أوفيه ، في أثناء الوقوف ، أوقبل الزوال . فوقفوا عالمين . كما نقله الرافعي عن عامة الأصحاب ، وصححه في شرح المهذب .

ولو أخطأ الاجتهاد في أشهر الحج. فأحرم النفير العام في غير أشهره : ففي انعقاده حجا وجهان.
أحدهما : نعم ، كالخطأ في الوقوف العاشر .
والثاني : لا .
والفرق : أنا لو أبطلنا الوقوف في العاشر ، أبطلناه من أصله ، وفيه إضرار .
وأما هنا : فينعقد عمرة ، كذا في شرح المهذب ، بلا ترجيح .
ومن فروع هذا القسم ، في غير العبادات .
مالو فاضل في الربويات جاهلا ، فإن العقد يبطل اتفاقا ، فهو من باب ترك المأمورات لأن المماثلة شرط ، بل العلم بها أيضا .
وكذا لو عقد البيع ، أو غيره على عين يظنها ملكه . فبانت بخلافه ، أو النكاح ، على محرم، أو غيرها من المحرمات جاهلا ، لا يصح .

ومن فروع القسم الثاني :

من شرب خمرا جاهلا : فلا حد ، ولا تعزير .
ومنها : لو قال : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح في لفظه بزنى فلان ، لكنه كان ثبت زناه بإقرار ، أو بينة . والقائل جاهل ، فليس بقاذف . بخلاف مالو علم به ، فيكون قاذفا لهما .
ومنها : الإتيان بمفسدات العبادة ناسيا ، أو جاهلا ، كالأكل في الصلاة ، والصوم وفعل ما ينافي الصلاة من كلام ، وغيره . والجماع في الصوم . والاعتكاف ، والإحرام . والخروج من المعتكف ، والعود من قيام الثالثة إلى التشهد . ومن السجود إلى القنوت ، والاقتداء بمحدث، وذي نجاسة ، وسبق الإمام بركنين ، ومراعاة المزحوم ترتيب نفسه إذا ركع الإمام في الثانية ، وارتكاب محظورات الإحرام ، التي ليست بإتلاف ، كاللبس . والاستمتاع ، والدهن ، والطيب. سواء جهل التحريم ، أو كونه طيبا .
والحكم في الجميع : عدم الإفساد ، وعدم الكفارة ، والفدية . ، وفي أكثرها خلاف .
واستثنى من ذلك .
الفعل الكثير في الصلاة ، كالأكل ، فإنه يبطلها في الأصح . لندوره .
وألحق بعضهم الصوم بالصلاة في ذلك . والأصح أنه لا يبطل بالكثير ، لأنه لا يندر فيه . بخلاف الصلاة ، لأن فيه هيئة مذكرة .

ومنها : لو سلم عن ركعتين ناسيا ، وتكلم عامدا « لظنه إكمال الصلاة » لاتبطل صلاته لظنه أنه ليس في صلاة .

ونظيره : مالو تحلل من الإحرام ، وجامع ، ثم بان أنه لم يتحلل ، لكون رميه وقع قبل نصف الليل . والمذهب : أنه لايفسد حجه .

ومن نظائره أيضا .

لو أكل ناسيا ، فظن بطلان صومه ، فجامع ، ففي وجه لايفطر قياسا عليه . والأصح الفطر ؛ كما لو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع ، فبان خلافه ، ولكن لاتجب الكفارة ، لأنه وطىء وهو يعتقد أنه غير صائم .

ونظيره أيضا :

لوظن طلاق زوجته بما وقع منه ، فأشهد عليه بطلاقها .

ومن فروع هذاالقسم أيضا

مالو اشترى الوكيل معيبا جاهلا به . فإنه يقع عن الموكل ، إن ساوى مااشتراه به ، وكذا إن لم يساو في الأصح ، فإنه بخلاف ما إذا علم .

تنبيه : من المشكل : تصوير الجهل بتحريم الأكل في الصوم ، فإن ذلك جهل بحقيقة الصوم فإن من جهل الفطر جهل الإمساك عنه ، الذى هو حقيقة الصوم ، فلاتصح نيته .

قال السبكي : فلا مخلص إلا بأحد أمرين : إماأن يفرض في مفطر خاص من الأشياء النادرة ، كالتراب . فإنه قد يخفى ، ويكون الصوم الإمساك عن المعتاد ، وماعداه شرط في صحته ، «وإما أن يفرض » كما صوره بعض المتأخرين فيمن احتجم أو أكل ناسيا ؛ فظن أنه أفطر ، فأكل بعد ذلك ، جاهلا بوجوب الإمساك ؛ فإنه لايفطر على وجه . لكن الأصح فيه : الفطر. انتهى.

وقال القاضي حسين : كل مسألة تدق ، ويغمض معرفتها ، هل يعذر فيها العامي ؟ وجهان أصحهما نعم .

من فروع القسم الثالث إتلاف مال الغير

فلو قدم له غاصب طعاماضيافة ، فأكله جاهلا ، فقرار الضمان عليه في أظهر القولين ويجريان في إتلاف مال نفسه جاهلا .

وفيه صور :

منها : لو قدم له الغاصب المغصوب منه ، فأكله ضيافة جاهلا ، برئ الغاصب فى الأظهر .

ومنها : لو أتلف المشترى المبيع قبل القبض جاهلا ، فهو قابض فى الأظهر .

ومنها : لو خاطب زوجته بالطلاق جاهلا بأنها زوجته ، بأن كان فى ظلمة ، أوأنكحها له وليه ، أو وكيله ، ولم يعلم . وقع ، وفيه احتمال للإمام .

ومنها : لوخاطب أمته بالعتق ، كذلك . قال الرافعى .

ومن نظائرها : ما إذا نسى أن له زوجة ، فقال : زوجتى طالق .

ومنها : كما قال ابن عبد السلام ما إذا وكل وكيلا فى إعتاق عبد ، فأعتقه ظنا منه أنه عبد الموكل ، فإذا هو عبد الوكيل ، نفذ عتقه .

قال العلائى : ولايجىء فيه احتمال الإمام ، لأن هذا قصد قطع الملك ، فنفذ .

ومنها : إذا قال الغاصب ، لمالك العبد المغصوب : أعتق عبدى هذا ، فأعتقه جاهلا، عتق على الصحيح . وفى وجه : لا ، لأنه لم يقصد قطع ملك نفسه .

قلت : خرج عن هذه النظائر مسألة ، وهى :

ما إذا استحق القصاص على رجل ، فقتله خطأ ، فالأصح : أنه لايقع الموقع .

ومن فروع هذا القسم أيضا .

محظورات الإحرام التى هى إتلاف ، كإزالة الشعر ، والظفر ، وقتل الصيد . لاتسقط فديتها بالجهل والنسيان .

ومنها : يمين الناسى والجاهل ، فإذا حلف على شىء بالله ، أوالطلاق ، أو العتق أن يفعله ، فتركه ناسيا ، أولايفعله ، ففعله ناسيا للحلف ، أوجاهلا أنه المحلوف عليه ، أو على غيره ، ممن يبالى بيمينه ، ووقع ذلك منه جاهلا ، أوناسيا . فقولان فى الحنث ، رجح كلا المرجحون . ورجح الرافعى فى المحرر عدم الحنث مطلقا ، واختاره فى زوائد الروضة والفتاوى .

قال : لحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » وهو عام ، فيعمل بعمومه ، إلا مادل دليل على تخصيصه ، كغرامة المتلفات .

ثم استثنى من ذلك : ما لو حلف لايفعل عامدا ، ولا ناسيا . فإنه يحنث بالفعل ناسيا بلا خلاف ، لالتزام حكمه . هذا فى الحلف على المستقبل .

أما على الماضى ، كأن حلف أنه لم يفعل ، ثم تبين أنه فعله . فالذى تلقفناه من مشايخنا أنه يحنث .

ويدل له قول النووى فى فتاويه : صورة المسألة أن يعلق الطلاق على فعل شىء ، فيفعله ناسيا لليمين ، أو جاهلا بأنه المحلوف عليه .

ولابن رزين : فيه كلام مبسوط ، سأذكره .

والذى فى الشرح والروضة : أن فيه القولين . فى الناسى ومقتضاه ، عدم الحنث .

وعبارة الروضة : لو جلس مع جماعة ، فقام ولبس خف غيره ، فقالت له امرأته : استبدلت بخفك ، ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق : أنه لم يفعل ، إن قصد أنى لم آخذ بدله كان كاذبا. فإن كان عالما طلقت . وإن كان ساهيا ، فعلى قولى طلاق الناسى انتهى .

ولك أن تقول : لا يلزم من إجراء القولين الاستواء فى التصحيح ، وابن رزين أبسط من تكلم على المسألة .

وها أنا أورد عبارته بنصها ، لما فيها من الفوائد .

قال : للجهل والنسيان والإكراه ، حالتان .

إحداها : أن يكون ذلك واقعا فى نفس اليمين أو الطلاق . فمذهب الشافعى أن المكره على الطلاق ، لا يقع طلاقه ، إذا كان غير مختار لذلك من جهة غير الإكراه ، بل طاوع المكره ، فيما أكرهه عليه بعينه ، وصفته .

ويستوى فى ذلك : الإكراه على اليمين ، وعلى التعليق .

ويلتحق بالإكراه فى ذلك : الجهل الذى يفقد معه القصد إلى اللفظ ، مع عدم فهم معناه ، والنسيان وذلك بأن يتلفظ بالطلاق ، من لا يعرف معناه أصلا ، أو عرفه ، ثم نسيه . فهذان نظير المكره ، فلا يقع بذلك طلاق ، ولا ينعقد بمثله يمين .

وذلك إذا حلف باسم من أسماء الله تعالى ، وهو لا يعرف أنه اسمه .

أما إذا جهل المحلوف عليه ، أو نسيه ، كما إذا دخل زيد الدار ، وجهل ذلك الحالف أو علمه ، ثم نسيه فحلف بالله أو بالطلاق : أنه ليس فى الدار فهذه يمين ظاهرها تصديق نفسه فى النفى وقد يعرض فيها أن يقصد أن الأمر كذلك (فى اعتقاده أو فيما انتهى إليه علمه أى لم يعلم خلافه ، ولا يكون قصده الجزم بأن الأمر كذلك) فى الحقيقة ، بل ترجع

يمينه إلى أنه حالف أنه يعتقد كذا ، أو يظنه ، وهو صادق فى أنه يعتقد ذلك ، أو ظان له فإن قصد الحلف ذلك حالة اليمين أو تلفظ به متصلا بها لم يحنث ، وإن قصد المعنى الأول ، أو أطلق ففى وقوع الطلاق ، ووجوب الكفارة قولان مشهوران :

مأخذهما : أن النسيان ، والجهل هل يكونان عذرا له فى ذلك ، كما كانا عذرا فى باب الأوامر والنواهى ، أم لايكونان عذرا ، كما لم يكونا عذرا فى غرامات المتلفات ؟

ويقوى إلحاقهما بالإتلافات ، بأن الحالف بالله أن زيدا فى الدار ، إذا لم يكن فيها . قد انتهك حرمة الاسم الأعظم جاهلا ، أو ناسيا ، فهو كالجانى خطأ . والحالف بالطلاق إن كانت يمينه بصيغة التعليق ، كقوله : إن لم يكن زيد فى الدار ، فزوجتى طالق ، إذا تبين أنه لم يكن فيها . فقد تحقق الشرط ، الذى علق الطلاق عليه ، فإنه لم يتعرض إلا لتعليق الطلاق على عدم كونه فى الدار ، ولا أثر لكونه جاهلا ، أو ناسيا فى عدم كونه فى الدار .

وأما إذا كان بغير صيغة التعليق ، كقوله لزوجته : أنت طالق ، لقد خرج زيد من الدار . وكقوله : الطلاق يلزمنى ليس زيد فى الدار . فهذا إذا قصد به اليمين ، جرى مجرى التعليق وإلا لوقع الطلاق فى الحال ، وإذا جرى مجرى التعليق ، كان حكمه حكمه .

والحالة الثانية : الجهل ، والنسيان ، والإكراه ، أن يعلق الطلاق على دخول الدار أو دخول زيد الدار ، أو يحلف بالله لايفعل ذلك ، فإذا دخلها المحلوف عليه ناسيا ، أو جاهلا ، أو مكرها ، فإن جرد قصده عن التعليق المحض ، كما إذا حلف لايدخل السلطان البلد اليوم ، أو لايحج الناس فى هذا العام . فظاهر المذهب : وقوع الطلاق ، والحنث فى مثل هذه الصورة . وقع ذلك عمدا ، أو نسيانا ، اختيارا ، أو مع إكراه ، أو جهل .

وإن قصد باليمين تكليف المحلوف عليه ذلك ، لكونه يعلم أنه لا يرى مخالفته مع حلفه أو قصد باليمين على فعل نفسه ، أن تكون يمينه رادعة عن الفعل ، فالمذهب فى هاتين الصورتين أنه لا يحنث إذا فعل المحلوف عليه ناسيا أو جاهلا إذ رجعت حقيقة هذه اليمين إلى تكليف نفسه ذلك ، أو تكليف المحلوف عليه ذلك ، والناسى لايجوز تكليفه ، وكذلك الجاهل .

وأما إن فعله مكرها فالإكراه لا ينافى التكليف ، فإنا نحرم على المكره القتل ونبيح له الفطر فى الصوم ، وإذا كان مكلفا — وقد فعل المحلوف عليه — فيظهر وقوع الطلاق والحنث كما تقدم فى المسألة الأولى إلحاقا بالإتلاف ، لتحقق وجود الشرط المعلق عليه .

إذ لفظ التعليق عام يشمل فعل المعلق عليه مختارا ، ومكرها وناسيا وجاهلا وذاكرا

ليمين وعالما ، وبهذا تمسك من مال إلى الحنث ، ووقوع الطلاق فى صورة النسيان والجهل .

لكنا إنما اخترنا عدم وقوع الطلاق فيهما ، لأن قصد التكليف يخصهما ، ويخرجهما عن الدخول تحت عموم اللفظ ، فلاينهض لأن مخرج الإكراه لكونه لاينافى التكليف ، كما ذكرنا.

هذا ماترجح عندى فى الصورة التى فصلتها .

وبقى صورة واحدةوهى :

ما إذا أطلق التعليق ولم يقصد تكليفا ولاقصد التعليق المحض بل أخرجه مخرج اليمين .

فهذه الصورة : هى التى أطلق معظم الأصحاب فيها القولين .

واختار صاحب المهذب والانتصار والرافعى ، عدم الحنث وعدم وقوع الطلاق .

وكان شيخنا ابن الصلاح : يختار وقوعه ويعلله بكونه مذهب أكثر العلماء ، وبعموم لفظ التعليق ظاهرا ، لكن قرينة الحث والمنع تصلح للتخصيص وفيها بعض الضعف .

ومن ثم توقف صاحب الحاوى ، ومن حكى عنه التوقف من أشياخه فى ذلك .

فالذى يقوى التخصيص أن ينضم إلى قرينة الحث ، والمنع القصد للحث ، والمنع ، فيقوى حينئذ التخصيص كما اخترناه .

والغالب : أن الحالف على فعل مستقبل من أفعال من يعلم أنه يرتدع منه يقصد الحث أو المنع فيختار أيضا : أن لايقع طلاقه بالفعل مع الجهل والنسيان ، إلا أن يصرفه عن الحث أو المنع بقصد التعليق على الفعل مطلقا ، فيقع فى الصور كلها بوجود الفعل .

وأما من حلف على فعل نفسه ، فلايمتنع وقوع طلاقه بالنسيان أو الجهل إلا عند قصد الحث أو المنع ، انتهى كلامه بحروفه .

وماجزم به من الحنث فى الحالة الأولى وهى الحلف على الماضى ناسيا أو جاهلا ــ ذكره بحروفه القمولى فى شرح الوسيط جازما به ، ونقله عنه الأذرعى فى القوت .

وقال : إنه أخذه من كلام ابن رزين ونقل غير واحد أن ابن الصلاح صرح بتصحيحه وبتصحيح الحنث فى المستقبل أيضا ، فإذا جمعت بين المسألتين حصلت ثلاثة أقوال :

ثالثها : الحنث فى الماضى دون المستقبل ، وهو الذى قرره ابن رزين ، ومتابعوه ، وهو المختار

تنبيه : من المشكل قول المنهاج : ولو علق بفعله ففعل ناسيا للتعليق أو مكرها ، لم تطلق فى الأظهر أو بفعل غيره ممن يبالى بتعليقه وعلم به ؟ فكذلك وإلا فيقع قطعا .

ووجه الإشكال أن قوله « وأن لايدخل فيه » ما إذا لم يبال بتعليقه ولم يعلم به .

وما إذا علم به ولم يبال ، وما إذا بألى ولم يعلم ، والقطع بالوقوع فى الثالثة مزدود .

وقد استشكاله السبكى وقال : كيف يقع بفعل الجاهل قطعا ، ولا يقع بفعل الناسى على الأظهر ، مع أن الجاهل أولى بالمعذرة من الناسى ؟ .

وقد بحث الشيخ علاء الدين الباجى فى ذلك هو والشيخ زين الدين بن الكتانى فى درس ابن بنت الأعز ، وكان ابن الكتانى مصمما على ما اقتضته عبارة المنهاج والباجى فى مقابله .

قال السبكى : والصواب أن كلام المنهاج محمول على ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ، ولم يقصد إعلامه ليمتنع .

وقد أرشد الرافعى إلى ذلك ، فإن عبارته وعبارة النووى فى الروضة : ولو علق بفعل الزوجة أو أجنبى ، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه .

ففى قوله « ولم يقصد إعلامه » مايرشد إلى ذلك .

وقال فى المهمات أشار بقوله « ولم يقصد إعلامه » إلى قصد الحث والمنع ، وعبر عنه به ، لأن قاصده يقصد إعلام الحالف بذلك ليمتنع منه .

ولهذا لما تكلم على القيود ، ذكر الحث والمنع عوضا عن الإعلام .

قال : والظاهر أنه معطوف بأو ، لا بالواو ، حتى لا يكون المجموع شرطا فإن الرافعى شرط بعد ذلك ، لعدم الوقوع شروطا ثلاثة: شعوره ، وأن يبالى ، وأن يقصد الزوج الحث والمنع.

قال : وما اقتضاه كلام الرافعى من الحث ، إذا لم يعلم المحلوف عليه ، رجحه الصيدلانى ، فيما جمعه من طريقة شيخه القفال فقال : فإن قصد منعه ، فإن لم يعلم القادم حتى قدم ، حنث الحالف وإن علم به ثم نسى فعلى قولين .

ومنهم من قال : على قولين بكل حال وكذلك الغزالى فى البسيط فقال : إذا علق بفعلها فى غيبتها فلا أثر لنسيانها ، وإن كانت مكرهة لظاهر الوقوع ، لأن هذا فى حكم التعليق . لاقصد المنع ، ومنهم من طرد فيه الخلاف ، انتهى .

وخالف الجمهور فخرجوه على القولين : الشيخ أبو حامد والمحاملى وصاحبا المهذب والتهذيب والجرجانى والخوارزمى انتهى .

وقال ابن النقيب: القسم الثالث وهو :

ما إذا بالى ؟ ولم يعلم ، ليس فى الشرح والروضة هنا ، ويقضى المنهاج : الوقوع فيه قطعا ، فليحرر .

فرع

« فى المسائل المبنية على الخلاف فى حنث الناسى والمكره »

قال : لأقتلن فلانا ، وهويظنه حيا فكان ميتا ، ففى الكفارة خلاف الناسى .

قال : لا أسكن هذه الدار ، فمرض وعجز عن الخروج ، ففى الحنث خلاف المكره .

قال : لأشربن ماء هذا الكوز ، فانصب ، أوشربه غيره أومات الحالف قبل الإمكان ، ففيه خلاف المكره .

قال : لا أبيع لزيد مالا ، فوكل زيد وكيلا وأذن له فى التوكيل ، فوكل الحالف فباع وهو لايعلم ، ففيه خلاف الناسى .

قال : لأقضين حقك غدا ، فمات الحالف قبله أو أبرأه أو عجز ، ففيه خلاف المكره .

قال : لأقضين عند رأس الهلال ، فأخره عن الليلة الأولى للشك فيه ، فبان كونهامن الشهر ، ففيه خلاف الناسى .

قال : لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فلم يتمكن من الرفع لمرض أوحبس أوجاء إلى باب القاضى فحجب ، أومات القاضى قبل وصوله إليه ، ففيه خلاف المكره .

قال : لا أفارقك حتى أستوفى حقى ، ففر منه الغريم ، ففيه خلاف المكره .

فإن قال : لاتفارقنى ففر الغريم ، حنث مطلقا لأنها يمين على فعل غيره ، بخلاف الأولى ولا يحنث مطلقا إن فر الحالف ، فإن أفلس فى الصورة الأولى فمنعه الحاكم من ملازمته ، ففيه خلاف المكره ، وإن استوفى فبان ناقصا ففيه خلاف الجاهل .

فرع

« خرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالجهل فى الضمان »

منها : إذا أخرج الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت ، فلاضمان عليه .

ولو كان عالما ضمن ، ذكره الرافعى .

قال الإسنوى : ومثله الاستعمال والخلط ونحوها .

ومنها : إذا استعمل المستعير العارية ، بعد رجوع المعير جاهلا فلا أجرة عليه نقله الرافعى عن القفال وارتضاه .

ومنها : إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فإن الآكل لايغرم ما أكله بعد الرجوع ، وقبل العلم كما ذكره فى الحاوى الصغير .

وحكى الرافعى : فيه وجهين من غير تصريح بترجيح .

ومنها : إذا وهبت المرأة نوبتها من القسم لضرتها ثم رجعت فإنها لاتعود إلى الدور من الرجوع على الصحيح بل من حين العلم به .

ومن فروع القسم الرابع

« الواطئ بشبهة فيه مهر المثل ، لإتلاف منفعة البضع دون الحد »

منها : من قتل جاهلا بتحريم القتل ، لاقصاص عليه .

ومنها : قتل الخطأ ، فيه الدية والكفارة دون القصاص .

ومن ذلك مسألة الوكيل إذا اقتص بعد عفو موكله جاهلا فلا قصاص عليه ، على المنصوص وعليه الدية فى ماله والكفارة ولا رجوع له على العافى لأنه محسن بالعفو وقيل لادية ، وقيل هى على العاقلة ، وقيل يرجع على العافى لأنه غره بالعفو .

ونظير هذه المسألة : مالو أذن الإمام للولى فى قتل الجانية ، ثم علم حملها فرجع ولم يعلم الولى رجوعه فقتل ، فالضمان على الولى .

ومن ذلك : بعض أقسام مسألة الدهشة ولنخلصها فنقول .

إذا قال مستحق اليمين للجانى أخرجها ، فأخرج يساره فقطعت فله أحوال .

أحدها أن يقصد إباحتها ، فهى مهدرة لاقصاص ولادية سواء علم القاطع أنها اليسار وأنها لاتجزئ أولا لأن صاحبها بذلها مجانا ؛ ولأن فعل الإخراج اقترن بقصد الإباحة فقام مقام النطق، كتقديم الطعام إلى الضيف ولأن الفعل بعد السؤال والطلب ، كالإذن كما لو قال ناولنى يدك لأقطعها ، فأخرجها أو ناولنى متاعك لألقيه فى البحر فناوله ، فلاضمان .

نعم ، يعزر القاطع إذا علم ويبقى قصاص اليمين كما كان .

فإن قال : ظننت أنها تجزئ أو علمت أنها لاتجزئ ولكن جعلتها عوضا عنها سقط وعدل إلى دية اليمين لرضاه بسقوط قصاصها اكتفاء باليسار

الحال الثانى : أن يقصد المخرج إجزاءها عن اليمين ، فيسأل المقتص .

فإن قال : ظننت أنه أباحها بالإخراج أو أنها اليمين ، أو علمت أنها اليسار ، وأنها لا تجزىء ولا تجعل بدلا ، فلا قصاص فيها فى الصور الثلاث فى الأصح لتسليط المخرج له عليها ولكن تجب ديتها ويبقى قصاص اليمين .

وإن قال : علمت أنها اليسار وظننت أنها تجزىء ، سقط قصاص اليمين وتجب لكل الدية على الآخر .

الحال الثالث : أن يقول : دهشت فأخرجت اليسار ، وظنى أنى أخرج اليمين فيسأل المقتص ، فإن قال ظننت أنه أباحها .

قال الرافعى : فقياس المذكور فى الحال الثانى ، أن لا يجب القصاص فى اليسار .

قال الأذرعى : وصرح به الكافى لوجود صورة البدل ، قال البلقينى هو السديد .

قال البغوى : تجب كمن قتل رجلا وقال ظننته أذن لى فى القتل ، لأن الظنون البعيدة لا تدرأ القصاص .

وإن قال : ظننتها اليمين أو علمت أنها اليسار وظننتها تجزىء ، فلا قصاص فى الأصح .

أما فى الأولى ، فلأن الاشتباه فيهما قريب .

وأما فى الثانية ، فلعذره بالظن .

وإن قال : علمت أنها اليسار وأنها لا تجزىء ، وجب القصاص فى الأصح لأنه لم يوجد من المخرج بذل وتسليط .

وفى الصور كلها يبقى قصاص اليمين ، إلا فى قوله : ظننت أن اليسار تجزىء .

وإن قال : دهشت أيضا ، لم يقبل منه ويجب القصاص لأن الدهشة لا تليق بحاله .

وإن قال : قطعتها عدوانا وجب أيضا .

وإن قال المخرج ، لم أسمع أخرج يمينك وإنما وقع فى سمعى يسارك .

أو قال : قصدت فعل شىء يختص بى أو كان مجنونا فهو كالمدهوش .

هذا تحرير أحكام هذه المسألة .

وفى نظيرها من الحد يجزىء . ويسقط قطع اليمين بكل حال .

والفرق أن المقصود فى الحد ، التنكيل وقد حصل ، والقصاص مبنى على التماثل وأن الحدود مبنية على التخفيف ، وأن اليسار تقطع فى السرقة فى بعض الأحوال ، ولا تقطع فى القصاص عن اليمين بحال .

فرع

« خرج عن هذا القسم صور ، لم يعذر فيها بالجهل »

منها : ما إذا بادر أحد الأولياء ، فقتل الجانى بعد عفو بعض الأولياء ، جاهلا به فإن الأظهر وجوب القصاص عليه لأنه متعد بالانفراد .

ومنها : إذا قتل من علمه مرتدا أوظن أنه لم يسلم ، فالمذهب : وجوب القصاص لأن ظن الردة لايفيد إباحة القتل ، فإن قتل المرتد إلى الإمام ، لا إلى الآحاد .

ومنها : ما إذا قتل من عهده ذميا أوعبدا ، وجهل إسلامه وحريته . فالمذهب وجوب القصاص ، لأن جهل الإسلام والحرية لايبيح القتل .

ومنها : ما إذا قتل من ظنه قاتل أبيه ، فبان خلافه . فالأظهر وجوب القصاص لأنه كان من حقه التثبت .

ومنها : ما إذا ضرب مريضا — جهل مرضه — ضربا يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح وجوب القصاص لأن جهل المرض لايبيح الضرب .

وعلم من ذلك : أن الكلام فيمن لايجوز له الضرب .

أما من يجوز له للتأديب ، فلا يجب عليه القصاص قطعا ، وصرح به فى الوسيط .

وخرج عنه صور عذر فيها بالجهل حتى فى الضمان .

منها : ما إذا قتل مسلما بدار الحرب ، ظانا كفره ، فلاقصاص قطعا ، ولادية فى الأظهر .

ومنها : إذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون فإن علم إسلامه . وجبت الدية وإلا فلا .

ومنها : إذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل ظلما ، والمأمور لايعلم ، فلاقصاص عليه ولادية ، ولا كفارة .

ومنها : إذا قتل الحامل فى القصاص ؛ فانفصل الجنين ميتا ، ففيه غرة وكفارة . أوحيا . فمات ، فدية ،

ثم إذا استقل الولى بالاستيفاء . فالضمان عليه . وإن أذن له الإمام ، فإن علما أوجهلا أوعلم الإمام . دون الولى ، اختص الضمان بالإمام على الصحيح ، لأن البحث عليه ، وهو الآمر به .

وفى وجه : على الولى ، لأنه المباشر .

وفى آخر عليهما .

وإن علم الولى ، دون الإمام ، اختص بالولى على الصحيح . لا جتماع العلم والمباشر .

وفى وجه ، بالإمام لتقصيره .

ولو باشر القتل جلاد الإمام ، فإن جهل ، فلا ضمان عليه بحال ، لأنه آلة الإمام وليس عليه البحث عما يأمره به ، وإن كان عالما ، فكالولى إن علم الإمام، فلا شىء عليه وإلا اختص به.

ولو علم الولى مع الجلاد ، ففى أصل الروضة : الأصح أنه يؤثر ، حتى إذا كانوا عالمين ضمنوا أثلاثا .

قال فى المهمات : وهذا غير مستقيم ، لأن الأصح فيما إذا علما ، أو جهلا : أن الضمان على الإمام خاصة ، فكيف يستقيم ذلك هنا ؟

قال : فالصواب تفريع المسألة على القول بالوجوب عليهما إذا علما ،

ثم من المشكل : أنهما صححا هنا اختصاص الضمان بالإمام ؛ إذا علم هو والولى ؛ وصححا فيما إذا رجع الشهود ، واقتص الولى بعد حكم الحاكم ، بأن القصاص واجب على الكل ، بل لم يقل أحد بأن الضمان فى هذه الصورة يختص بالحاكم .

وصححا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلما وكان هو والمأمور عالمين اختصاصه بالمأمور، إذا لم يكن إكراه .

فهذه ثلاث نظائر مختلفة .

قال فى ميدان الفرسان : وكأن الفرق : أن الإحاطة بسبب المنع من الإقدام على القتل فى غير مسألة الحامل لا يتوقف على إخبار الحاكم به بخلاف فيها ، فإن مناط المنع فيها الظن الناشىء من شهادة النسوة بالحمل . ومنصب سماع الشهادة يختص بالحاكم ، فإذا أمكن من القتل بعد أدائها ، آذن ذلك بضعف السبب عنده ، فأثر فى ظن الولى . فلذلك أحيل الضمان على تفريط الحاكم ، ولم يقل به عند رجوع الولى والقاضى ، لعدم ذلك فيه . انتهى .

من يقبل منه دعوى الجهل . ومن لا يقبل

كل من جهل تحريم شىء مما يشترك فيه غالب الناس . لم يقبل ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك : كتحريم الزنا ، والقتل ، والسرقة والخمر ، والكلام فى الصلاة ، والأكل فى الصوم ، والقتل بالشهادة إذا رجعا ، وقالا تعمدنا ، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا . ووطء المغصوبة ، والمرهونة بدون إذن الراهن فإن كان بإذنه قبل مطلقا لأن ذلك يخفى على العوام .

ومن هذا القبيل أعنى الذى يقبل فيه دعوى الجهل مطلقا ، لخفائه كون التنحنح مبطلا

للصلاة ، أو كون القدر الذى أتى به من الكلام محرما ، أو النوع الذى تناوله مفطرا فالأصح في الصور الثلاث : عدم البطلان .

ولو علم تحريم الطيب ، واعتقد فى بعض أنواع الطيب أنه ليس بحرام . فالصحيح وجوب الفدية لتقصيره ، كذا فى كتب الشيخين .

فقد يقال إنه مخالف لمسألتى الصلاة والصوم .

ولا يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب . والأخذ بالشفعة من قديم الإسلام ، لا شتهاره وتقبل فى ثبوت خيار العتق ، وفى نفى الولد فى الأظهر ، لأنه لا يعرفه إلا الخواص .

قاعدة

(كل من علم تحريم شىء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك)

كمن علم تحريم الزنا ، والخمر ، وجهل وجوب الحد . يحد بالاتفاق ، لأنه كان حقه الامتناع .

وكذا لو علم تحريم القتل ، وجهل وجوب القصاص : يجب القصاص .

أو علم تحريم الكلام ، وجهل كونه مبطلا : يبطل .

وتحريم الطيب ، وجهل وجوب الفدية : تجب .

فرع : علم بثبوت الخيار ، وقال : لم أعلم أنه على الفور . قالوا : فى الرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة . يقبل . لأن ذلك مما يخفى . كذا أطلقه الرافعى ، واستدركه النووى . فقال : شرطه أن يكون مثله ممن يخفى عليه .

وفى عتق الأمة نقل الرافعى عن الغزالى : أنها لا تقبل . وجزم به فى الحاوى الصغير . لأن من علم ثبوت أصل الخيار علم كونه على الفور .

ثم قال الرافعى : ولم أر لهذه الصورة تعرضا فى سائر كتب الأصحاب . نعم : صورها العبادى فى الرقم : بأن تكون قديمة عهد بالإسلام ، وخالطت أهله . فإن كانت حديثة عهد ، ولم تخالط أهله ، فقولان .

وفى نفى الولد : سوى فى التنبيه بينه وبين دعوى الجهل بأصل الخيار ، فيفصل فيه بين قديم الإسلام وقريبه . وأقره النووى فى التصحيح ، ولا ذكر للمسألة فى الروضة وأصلها .

تذنيب

« فى نظائر متعلقة بالجهل »

منها : عزل القاضى قبل علمه : فيه وجهان ؛ والأصح : انعزاله ، وعدم نفوذ تصرفه .

ومنها : عزل القاضى قبل علمه . والأصح فيه عدم الانعزال ، حتى يبلغه .

والفرق : عسر تتبع أحكامه بالإبطال ، بخلاف الوكيل .

ومنها : الواهبة نوبتها فى القسم إذا رجعت ولم يعلم الزوج : لا يلزمه القضاء ، وقيل : فيه خلاف الوكيل .

ومنها : لو قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة فعتقت ولم يعلم . قال الماوردى : لاقضاء وقال ابن الرفعة : القياس أن يقضى لها .

ومنها : لو أباح ثمار بستانه ثم رجع ، ولم يعلم المباح له . ففى ضمان ما أكل خلاف الوكيل .

ومنها : الفسخ قبل بلوغ المكلف ، فيه خلاف الوكيل ، قاله الرويانى .

ومنها : لو عفا الولى ، ولم يعلم الجلاد . فاقتص ، ففى وجوب الدية قولان ، مخرجان من عزل الوكيل . أصحهما : الوجوب .

ومنها : لو أذن لعبده فى الإحرام . ثم رجع ، ولم يعلم العبد . فله تحليله فى الأصح .

ومنها : لو أذن المرتهن فى بيع المرهونة . ثم رجع ولم يعلم الراهن . ففى نفوذ تصرفه . وجهان . أصحهما : لاينفذ .

ومنها : إذا خرج الأقرب عن الولاية . فهى للأبعد . فلو زال المانع من الأقرب ، وزوج الأبعد وهو لا يعلم . ففى الصحة : الوجهان .

ومنها : لو عتقت الأمة ، ولم تعلم ، فصلت مكشوفة الرأس فقولان . أصحهما : تجب الإعادة .

ومنها : لو وكله وهو غائب ، فهل يكون وكيلا من حين التوكيل ، أو من حين بلوغ الخبر ؟ وجهان : مقتضى مافى الروضة : تصحيح الأول .

ومنها : لو أذن لعبده فى النكاح ، ثم رجع ولم يعلم العبد . ففى صحة نكاحه وجهان :

ومنها : لو استأذنها غير المجبر ، فأذنت ، ثم رجعت ، ولم يعلم حتى زوج . ففى صحته خلاف الوكيل .

فصل

« وأما المكره : فقد اختلف أهل الأصول فى تكليفه على قولين »

وفصل الإمام فخر الدين وأتباعه ، فقالوا : إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء ، لم يتعلق به حكم ، وإن لم ينته إلى ذلك ، فهو مختار . وتكليفه جائز شرعا وعقلا .

وقال الغزالى فى البسيط : الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا ، إلا فى خمس مواضع، وذكر إسلام الحربى ، والقتل ، والإرضاع ، والزنا ، والطلاق ، إذا أكره على فعل المعلق عليه .

وزاد عليه غيره مواضع .

وذكر النووى فى تهذيبه : أنه يستثنى مائة مسألة ، لا أثر للإكراه فيها ، ولم يعددها .

وطالما أمعنت النظر فى تتبعها ، حتى جمعت منها جملة كثيرة ، وقد رأيت الإكراه يساوى النسيان . فإن المواضع المذكورة : إما من باب ترك المأمور ، فلايسقط تداركه ولايحصل الثواب المرتب عليه ، وإما من باب الإتلاف ، فلايسقط الحكم المترتب عليه وتسقط العقوبة المتعلقة به، إلاالقتل على الأظهر .

وها أنا أسرد مايحضرنى من ذلك .

الأول : الإكراه عن الحدث . وهو من باب الإتلاف . فإنه إتلاف للطهارة ، ولهـذا لو أحدث ناسيا انتقض ، وفى مس الفرج وجه ضعيف أنه لاينقض ناسيا .

وإذا نوعت هذه الصورة إلى أسباب الحدث الأربعة والجماع كثرت الصور .

الثانى : الإكراه على إفساد الماء بالاستعمال ؟ أو النجاسة ، أومغير طاهر . فإنه يفسد وهو أيضا من باب الإتلاف ، إذ لافرق فيه بين العمد وغيره .

الثالث : قال فى الروضة لوألقى إنسان فى نهرمكرها ، فنوىفيه رفع الحدث . صح وضوءه. وقال فى شرح المهذبقال الشيخ أبوعلى أطلق الأصحابصحة وضوئه ؟ ولابد فيهمن تفصيل. فإن نوى رفع الحدث ، وهو يريد المقام فيه ، ولو لحظة . صح ، لأنه فعل يتصور قصده . وإن كره المقام ، وتحقق الاضطرار من كل وجه . لم يصح وضوءه . إذ لاتتحقق النيةبه .

الرابع ، والخامس : الإكراه على غسل النجاسة ، ودبغ الجلد

السادس : الإكراه على التحول عن القبلة فى الصلاة فتبطل .

السابع : الإكراه علىالكلام فيها فتبطل فى الأظهر ، لندوره

الثامن : الإكراه على فعل ينافى الصلاة ، فتبطل قطعا ، لندوره .

التاسع : الإكراه على ترك القيام ، فى الفرض .

العاشر : الإكراه على تأخير الصلاة عن الوقت ، فتصير قضاء .

الحادى عشر : الإكراه على تفرقالمتصارفين قبلالقبض . فيبطل ، كما ذكره فى الاستقصاء وغيره ، وكذلك يبطل مع النسيان ، كما نص عليه ، والجهل ، كماصرح به الماوردى .

قال الزركشى : وقياسه فى رأس مال السلم كذلك .

الثانى عشر : لو ضربا فى خيار المجلس حتى تفرقا . ففى انقطاع الخيار قولا حنث المكره .

الثالث عشر : الإكراه على إتلاف مال الغير ، فإنه يطالب بالضمان . وإن كان القرار على المكره فى الأصح .

الرابع عشر : الإكراه على إتلاف الصيد كذلك ، بخلاف مالو حلق شعر محرم مكرها لا يكون للمحرم طريقا فى الضمان على الأظهر ، لأنه لم يباشر .

الخامس عشر : الإكراه على الأكل فى الصوم ، فإنه يفطر فى أحد القولين ، وصححه الرافعى فى المحرر .

السادس عشر : الإكراه على الجماع فى الصوم فيه الطريقان الآتيان .

السابع عشر : الإكراه على الجماع فى الإحرام فيه طريقان فى أصل الروضة ، بلا ترجيح .

أحدهما : يفسد قطعا ، بناء على أن إكراه الرجل على الوطء لا يتصور .

والثانى : فيه وجهان ، بناء على الناسى .

الثامن عشر : الإكراه على الخروج من المعتكف فإنه يبطل فى أحد القولين ، كالأكل فى الصوم .

التاسع عشر : الإكراه على إعطاء الوديعة لظالم ، فإنه يضمن فى الأصح ، ثم يرجع على من أخذ منه .

العشرون : الإكراه على الذبح ، أو الرمى من محرم ، أو مجوسى ، لحلال ومسلم .

الحادى والعشرون : إكراه الحربى ، على الإسلام :

الثانى والعشرون : إكراه المرتد عليه .

الثالث والعشرون : إكراه الذمى على وجه ، الأصح : خلافه .

الرابع والعشرون : الإكراه على تخليل الخمر بلاعين .

قال الإسنوى : يحتمل إلحاقه بالمختار ، ويحتمل القطع بالطهارة .

الخامس والعشرون — إلى الثلاثين : الإكراه على الوطء ، فيحصل الإحصان ، ويستقر المهر ، وتحل للمطلق ثلاثا ، ويلحقه الولد ، وتصير أمته به مستولدة ، ويلزمه المهر فى غير الزوجة.

قلته تخريجا ، ثم رأيت الإسنوى ذكر بحثا أنه كإتلاف المال .

الحادي والثلاثون : الإكراه على القتل ؛ فيجب القصاص على المكره في الأظهر .

الثاني والثلاثون : الإكراه على الزنا لايبيحه .

الثالث والثلاثون : وعلى اللواط .

الرابع والثلاثون : ويوجب الحد في قول .

الخامس والثلاثون : الإكراه على شهادة الزور ، والحكم بالباطل في قتل ، أوقطع، أوجلد.

السادس والثلاثون : الإكراه على فعل المحلوف عليه ، في أحد القولين .

السابع والثلاثون ، والثامن ، والتاسع والثلاثون : الإكراه على طلاق زوجة المكره أو بيع ماله ، أوعتق عبده ، لأنه أبلغ في الإذن .

أما لو أكره أجنبي الوكيل على بيع ماوكل فيه ، ففي نظيره من الطلاق احتمالان للروياني. حكاهما عنه في الروضة وأصلها ، أصحهما عنده : عدم الصحة ، لأنه المباشر .

الأربعون : الإكراه على ولاية القضاء .

الحادي والأربعون : لو أكره المحرم ، أوالصائم على الزنا .

قال الإسنوي : لايحضرني فيها نقل ، والمتجه : أنه يفسد عبادته ، لأنه لايباح بالإكراه .

قال : إلا أن عدم وجوب الحد ، قد لايرجح عدم الإفساد .

الثاني والأربعون : لو أكره على ترك الوضوء ، فتيمم .

قال الروياني : لاقضاء . قال النووي وفيه نظر .

قال : لكن الراجح ماذكره ، لأنه في معنى من غصب ماؤه .

قال الإسنوي : والمتجه خلافه ، لأن الغصب كثير معهود ، بخلاف الإكراه على ترك الوضوء، فعلى هذا يستثنى .

الثالث والأربعون : الإكراه على السرقة لايسقط الحد في قول .

الرابع والأربعون : لايرث القاتل مكرها ، على الصحيح .

الخامس ، والسادس والأربعون : الإكراه على الإرضاع : يحرم اتفاقا ، ويوجب المهر إذا انفسخ به النكاح على المرضعة ، على الأصح .

قال الإسنوي : وفيه نظر .

السابع والأربعون : الإكراه على القذف . يوجب الحد في وجه .

الثامن والأربعون : الإكراه بحق له ، وتحت ذلك صور .

الإكراه على الأذان ، وعلى فعل الصلاة ، والوضوء وأركان الطهارة ، والصلاة ، والحج ، وأداء الزكاة ، والكفارة ، والدين ، وبيع ماله فيه ، والصوم ، والاستئجار للحج ، والإنفاق على رقيقه ، وبهيمته ، وقريبه ، وإقامة الحدود ، وإعتاق المنذور عتقه كما صرح به فى البحر ، والمشترى بشرط العتق ، وطلاق المولى إذا لم يطأ ، واختيار من أسلم على أكثر من أربع ، وغسل الميت ، والجهاد .

فكل ذلك يصح مع الإكراه .

فهذه أكثر من عشرين صورة فى ضابط الإكراه بحق .

ومنه فيما ذكر الإسنوى : أن يأذن أجنبي للعبد فى بيع ماله . فيمتنع ، فيكرهه السيد . فلاشك فى الصحة ، لأن للسيد غرضا صحيحا فى ذلك : إما لتقليد إمامه . أو أخذ أجرة .

فهذه أكثر من سبعين صورة ، لا أثر للإكراه فيها .

وفى بعض صورها مايقتضى التعدد باعتبار أنواعه ، فيبلغ بذلك المائة .

وفيها نحو عشر صور على رأى ضعيف .

تنبيه: من المشكل ، قول المنهاج فى الخلع ، وإن قال : أقبضتنى . فقيل : كالإعطاء . والأصح كسائر التعليق ، فلا يملكه . ولايشترط للإقباض مجلس . ويشترط لتحقق الصفة أخذه بيده منها ، ولو مكرهة .

ووجه الإشكال : أن المعلق عليه إقباضها ، والإقباض مع الإكراه ملغى شرعا ، فلا اعتبار به .

قال السبكى : فذكره فى المنهاج لامخرج له إلا الحمل على السهو . ولم يذكر ذلك فى الروضة والشرح ، إلا فيما إذا قال : إن قبضت منك ، لافى قوله : إن أقبضتنى .

قال البلقينى : فما وقع فى المنهاج وهم ، انتقل من مسألة «إن قبضت» إلى مسألة «إن أقبضتنى».

مايباح بالإكراه وما لايباح

فيه فروع :

الأول : التلفظ بكلمة الكفر ، فيباح به ، للآية . ولايجب ، بل الأفضل الامتناع مصابرة

على الدين ، واقتداء بالسلف . وقيل : الأفضل التلفظ ، صيانة لنفسه . وقيل إن كان ممن يتوقع منه النكاية فى العدو ، والقيام بأحكام الشرع . فالأفضل التلفظ ، لمصلحة بقائه ، وإلا فالأفضل الامتناع .

الثانى : القتال المحرم لحق الله ، ولا يباح به ، بلا خلاف . بخلاف المحرم للمالية ، كنساء الحرب ، وصبيانهم ، فيباح به .

الثالث : الزنا ، ولا يباح به بالاتفاق أيضا . لأن مفسدته أفحش من الصبر على القتل وسواء كان المكره رجلا ، أو امرأة .

الرابع : اللواط ، ولا يباح به أيضا . صرح به فى الروضة .

الخامس : القذف . قال العلائى : ولم أر من تعرض له . وفى كتب الحنفية : أنه يباح بالإكراه . ولا يجب به حد ، وهو الذى تقتضيه قواعد المذهب . انتهى .

قلت : قد تعرض له ابن الرفعة فى المطلب . فقال : يشبه أن يلتحق بالتلفظ بكلمة الكفر ولا نظر إلى تعلقه بالمقذوف ، لأنه لم يتضرر به .

السادس : السرقة ، قال فى المطلب : يظهر أن تلتحق بإتلاف المال ، لأنها دون الإتلاف .

قال فى الخادم : وقد صرح جماعة بإباحتها ، منهم القاضى حسين ، فى تعليقه .

قلت : وجزم به الإسنوى فى التمهيد .

السابع : شرب الخمر ، ويباح به قطعا ، استبقاء للمهجة ، كما يباح لمن غص بلقمة أن يسيغها به ، ولكن لا يجب على الصحيح ، كما فى أصل الروضة .

الثامن : شرب البول ، وأكل الميتة ، ويباحان ، وفى الوجوب : احتمالان للقاضى حسين.

قلت : ينبغى أن يكون أصحهما الوجوب .

التاسع : إتلاف مال الغير ، ويباح به ، بل يجب قطعا ، كما يجب على المضطر أكل طعام غيره.

العاشر : شهادة الزور ، فإن كانت تقتضى قتلا ، أو قطعا ، ألحقت به أو إتلاف مال ألحقت به أو جلدا ، فهو محل نظر ، إذ يفضى إلى القتل ، كذا فى المطلب .

وقال الشيخ عز الدين : لو أكره على شهادة زور ، أو حكم باطل فى قتل أو قطع ، أو إحلال بضع ، استسلم للقتل ، وإن كان يتضمن إتلاف مال ، لزمه ذلك حفظا للمهجة .

الحادى عشر : الفطر فى رمضان ، ويباح به ، بل يجب على الصحيح .

الثانى عشر : الخروج من صلاة الفرض ، وهو كالفطر .

فائدة: ضبط الأودنى هذه الصور: بأن ما يسقط بالتوبة ، يسقط حكمه بالإكراه ، وما لا فلا، نقله فى الروضة وأصلها .

قال فى الخادم : وقد أورد عليه شرب الخمر ، فإنه يباح بالإكراه ، ولا يسقط حده بالتوبة وكذلك القذف .

مايتصور فيه الإكراه ، ومالا

قال العلماء : لايتصور الإكراه على شىء من أفعال القلوب .

وفى الزنا : وجهان أصحهما أنه يتصور ، لأنه منوط بالإيلاج .

والثانى : لا ، لأن الإيلاج ، إنما يكون مع الانتشار ، وذلك راجع إلى الاختيار والشهوة.

وفى التنبيه : ولا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة فى تأخيرها عن الوقت ، إلا نائم أو ناس، أو من أكره على تأخيرها .

واستشكل تصوير الإكراه على تأخير الصلاة . فإن كل حالة تنتقل لما دونها إلى إمرار الأفعال على القلب ، وهو شىء لا يمكن الإكراه على تأخيره . وهو يفعله غير مؤخر .

وصوره فى شرح المهذب بالإكراه على التلبس بمناف .

وقال القاضى زين الدين البلغيانى : المراد أكره على أن يأتى بها على غير الوجه المجزئ ، من الطهارة ونحوها . ولا يكون الإكراه عذرا فى الإجزاء ، لندوره . أو يكره المحدث على تأخيرها عن الوقت . ويمنع من الوضوء فى الوقت .

وقال الشيخ تاج الدين السبكى ، فى التوشيح قد يقال المكره قد يدهش ، حتى عن الإيماء بالطرف . ويكون مؤخرا معذورا ، كالمكره على الطلاق . لايلزمه التورية إذا اندهش قطعا .

مايحصل به الإكراه

قال الرافعى : الذى مال إليه المعتبرون : أن الإكراه على القتل لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل ، أو ما يخاف منه القتل :

وأما غيره ؟ ففيه سبعة أوجه :

أحدها : لا يحصل إلا بالقتل

الثانى : القتل ، أو القطع ، أو ضرب يخاف منه الهلاك .

الثالث : ما يسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذى يتخطى الشوك والنار ولا يبالى ، فيخرج عنه الحبس .

الرابع : اشتراط عقوبة بدنية ، يتعلق بها قود .

الخامس : اشتراط عقوبة شديدة تتعلق ببدنه ، كالحبس الطويل .

السادس : أنه يحصل بما ذكر ، وبأخذ المال ، أو إتلافه ، والاستخفاف بالأماثل ، وإهانتهم، كالصفع بالملأ ، وتسويد الوجه . وهذا اختيار جمهور العراقيين ، وصححه الرافعى .

السابع : ــ وهو اختيار النووى فى الروضة ــ : أنه يحصل بكل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه ، حذرا ما هدد به ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأفعال المطاوبة ، والأمور المخوف بها فقد يكون الشىء إكراها فى شىء دون غيره ، وفى حق شخص دون آخر .

فالإكراه على الطلاق يكون بالتخويف بالقتل ، والقطع ، والحبس الطويل ، والضرب الكثير ، والمتوسط لمن لا يحتمله بدنه ولم يعتده، وبتخويف ذى المروءة بالصفع فى الملأ وتسويد الوجه ، ونحوه ، وكذا بقتل الوالد وإن علا ، والولد وإن سفل على الصحيح . لا سائر المحارم . وإتلاف المال على الأصح .

وإن كان الإكراه على القتل ، فالتخويف بالحبس ، وقتل الولد ليس إكراها .

وإن كان على إتلاف مال ، فالتخويف بجميع ذلك إكراه .

قال النووى : وهذا الوجه أصح . لكن فى بعض تفصيله المذكور نظر .

والتهديد بالنفى عن البلد إكراه على الأصح ، لأن مفارقة الوطن شديدة ، ولهذا جعلت عقوبة للزانى .

وكذا تهديد المرأة بالزنا . والرجل باللواط .

ولا بد فى كل ذلك من أمور :

أحدها : قدرة المكره على تحقيق ماهدد به بولاية ، أو تغلب ، أو فرط هجوم .

ثانيها : عجز المكره عن دفعه بهرب ، أو استغاثة ، أو مقاومة .

ثالثها : ظنه أنه إن امتنع مما أكره عليه أوقع به المتوعد .

رابعها : كون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره .

فلو قال ولى القصاص للجانى : طلق امرأتك ، وإلا اقتصصت منك . لم يكن إكراها .

خامسها : أن يكون عاجلا .

فلو قال : طلقها وإلا قتلتك غدا ، فليس بإكراه .

سادسها : أن يكون معينا .

فلو قال : اقتل زيدا ، أو عمرا ، فليس بإكراه .

سابعها : أن يحصل بفعل المكره عليه التخلص من المتوعد به .

فلو قال : اقتل نفسك ؛ وإلا قتلتك ، فليس بإكراه .

ولا يحصل الإكراه بقوله : وإلا قتلت نفسى ، أو كفرت ، أو أبطلت صومى . أو صلاتى.

ويشترط فى الإكراه على كلمة الكفر طمأنينة القلب بالإيمان .

فلو نطق معتقدا بها كفر، ولو نطق غافلا عن الكفر والإيمان ففى ردته وجهان فى الحاوى.
قال فى المطلب : والآية تدل على أنه مرتد .

قال الماوردى : والأحوال الثلاثة يأتى مثلها فى الطلاق ، ولا يشترط فى الطلاق التورية ، بأن ينوى غيرها على الأصح .

وفى شرح المهذب : نص الشافعى على أن من أكره على شرب خمر ، أو أكل محرم يجب أن يتقيأ إذا قدر .

أمر السلطان ، هل يكون إكراها

اختلف فى أمر السلطان . هل ينزل منزلة الإكراه ؟ على وجهين ، أو قولين :

أحدها : لا ، وإنما الإكراه بالتهديد صريحا ، كغير السلطان .

والثانى : نعم ، لعلتين :

إحداها : أن الغالب من حاله السطوة عند المخالفة .

والثانى : أن طاعته واجبة فى الجملة ، فينتهض ذلك شبهة .

قال الرافعى : ومقتضى ما ذكره الجمهور صريحا ودلالة : أنه لا ينزل منزلة الإكراه .

وقال : ومثل السلطان فى إجراء الخلاف : الزعيم ، والمتغلب . لأن المدار على خوف المحذور من مخالفته .

وأما حكم الحاكم وحكم الشرع ، فهل ينزلان منزلته ؟

فيه فروع :

منها : لو حلف لا يفارقه ، حتى يستوفى حقه فأفلس . ومنعه الحاكم من ملازمته ففيه قولا المكره .

ومنها : لوحلف ليطأن زوجته الليلة . فوجدها حائضا ، لم يحنث ، كما لو أكره على ترك الوطء ،

ومنها : قال ، إن لم تصومى غدا فأنت طالق ، فحاضت ، فوقوع الطلاق على الخلاف فى المكره . ذكره الرافعى .

ومنها : من ابتلع طرف خيط ليلا ، وبقى طرفه خارجا ، ثم أصبح صائما . فإن نزعه أفطر ، وإن تركه لم تصح صلاته . لأنه متصل بنجاسة .

وقال فى الخادم : فطريقه أن يجبره الحاكم على نزعه ، ولا يفطر لأنه كالمكره .

قال : بل لو قيل : لا يفطر بالنزع باختياره لم يبعد تنزيلا لإيجاب الشرع منزلة الإكراه ، كما إذا حلف : أن يطأها فى هذه الليلة ، فوجدها حائضا لا يحنث .

ومنها : لوحلف لا يحلف يمينا مغلظة ، فوجب عليه يمين وقلنا بوجوب التغليظ حلف ، وحنث .

ومنها : لو كان له عبد مقيد ، فحلف بعتقه أن فى قيده عشرة أرطال . وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره ، فشهد عند القاضى عدلان أن فى قيده خمسة أرطال ، فحكم بعتقه ، ثم حل القيد ، فوجده عشرة أرطال . قال ابن الصباغ : لاشىء على الشاهدين . لأن العتق حصل بحل القيد ، دون الشهادة لتحقق كذبهما . حكاه الرافعى فى أواخر العتق .

تنبيه : يقع فى الفتاوى كثيرا أن رجلا حلف بالطلاق لا يؤدى الحق الذى عليه ، فيفتى فى خلاصه بأن يرفع إلى الحاكم ، فيحكم عليه بالأداء . وأنه لا يحنث ، تنزيلا للحكم منزلة الإكراه. وعندى فى هذه وقفة :

وأما أولا : فلأن الشيخين لم ينزلا الحكم منزلة الإكراه فى كل صورة ولا قررا ذلك : قاعدة عامة ، بل ذكراها فى بعض الصور . وذكرا خلافه فى بعضها ، كما تراه . فليس إلحاق هذه الصورة بالصورة التى حكما فيها بعدم الحنث أولى من إلحاقها بالتى حكما فيها بالحنث .

أما ثانيا : فلأن الإكراه بحق ، لا أثر له فى عدم النفوذ ، بدليل صحة بيع من أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ، وطلاق المولى إذا أكرهه الحاكم لأن الإكراه فيهما بحق.

فالذى ينشرح له الصدر فيما نحن فيه : القول بالحنث ، ولا أثر للحكم فى منعه .

هذا إذا كان معترفا بالحق . فإن كان منكراله ، وثبت بالبينة قوى فى هذه الحالة عدم الحنث لأنه يزعم أنه مظلوم فى هذا الحكم ، فلم يكن الإكراه بحق فى دعواه . والطلاق لايقع بالشك. وقولى فى هذه الحالة : بعدم الحنث : أى ظاهرا .

فلو كانت البينة صادقة فى الواقع ، وهو عالم بأن عليه ماشهدت به . وقع باطنا والله أعلم . ثم رأيت الزركشى قال فى قواعده : ذكر الرافعى فى كتاب الطلاق : أنه لوقال إن أخذت منى حقك ، فأنت طالق : فأكرهه السلطان ، حتى أعطى بنفسه فعلى القولين فى فعل المكره. وقضيته : ترجيح عدم الحنث . والمتجه خلافه . لأنه إكراه بحق هذه عبارته .

القول فى النائم ، والمجنون ، و المغمى عليه

قال رسول الله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث . عن النائم ، حتى يستيقظ . وعن المبتلى ، حتى يبرأ ، وعن الصبى ، حتى يكبر » .

هذا حديث صحيح ، أخرجه أبوداود بهذا اللفظ . من حديث عائشة رضى الله عنها .

وأخرجه من حديث على وعمر بلفظ « عن المجنون ، حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يعقل »

وأخرجه أيضا عنهما بلفظ « عن المجنون حتى يفيق » ، ولفظ « عن الصبى ، حتى يحتلم » وبلفظ « حتى يبلغ » .

وذكر أبو داود : أن ابن جريج رواه عن القاسم بن يزيد . عن على عن النبى ﷺ ، فزاد فيه « والخرف » .

وأخرجه الطبرانى من حديث ابن عباس ، وشداد بن أوس ، وثوبان والبزار من حديث أبى هريرة .

قلت ألف السبكى فى شرح هذا الحديث كتابا ، سماه « إبراز الحكم ، من حديث : رفع القلم » ، ذكر فيه ثمانيا وثلاثين فائدة تتعلق به

وأنا أنقل منه هنا فى مبحث الصبى ماتراه إن شاء الله تعالى .

وأول مانبه عليه : أن الذى وقع فى جميع روايات الحديث فى سنن أبى داود ، وابن ماجه والنسائى ، والدار قطنى « عن ثلاثة » بإثبات الهاء ، ويقع فى بعض كتب الفقهاء « ثلاث » بغير هاء .

قال : ولم أجد لها أصلا .

قال الشيخ أبو إسحاق : « العقل » صفة يميز بها الحسن والقبيح .

قال بعضهم : ويزيله الجنون والإغماء والنوم .

وقال الغزالي : الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره .

قال السبكي : وإنما لم يذكر المغمى عليه في الحديث ، لأنه في معنى النائم وذكر الخرف في بعض الروايات ، وإن كان في معنى المجنون لأنه عبارة عن اختلاط العقل بالكبر ، ولا يسمى جنونا ، لأن الجنون يعرض من أمراض سوداوية ويقبل العلاج . والخرف خلاف ذلك .

ولهذا لم يقل في الحديث « حتى يعقل » لأن الغالب أنه لايبرأ منه إلى الموت .

قال : ويظهر أن الخرف رتبة بين الإغماء والجنون ، وهي إلى الإغماء أقرب انتهى .

واعلم : أن الثلاثة قد يشتركون في أحكام ، وقد ينفرد النائم عن المجنون والمغمى عليه تارة ويلحق بالمجنون .

وبيان ذلك بفروع

الأول : الحديث يشترط فيه الثلاثة .

الثاني : استحباب الغسل عند الإفاقة للمجنون ، ومثله المغمى عليه .

الثالث : قضاء الصلاة إذا استغرق ذلك الوقت ، يجب على النائم ، دون المجنون ، والمغمى عليه كالمجنون .

الرابع : قضاء الصوم إذا استغرق النهار ، يجب على المغمى عليه بخلاف المجنون .

والفرق بينه وبين الصلاة كثرة تكررها .

ونظيره : وجوب قضاء الصوم على الحائض والنفساء ، دون الصلاة .

وأما النائم : إذا استغرق النهار وكان نوى من الليل — فإنه يصح صومه على المذهب .

والفرق بينه وبين المغمى عليه : أنه ثابت العقل ، لأنه إذا نبه انتبه بخلافه .

وفي النوم وجه : أنه يضر كالإغماء .

وفي الإغماء وجه : أنه لايضر كالنوم ، ولاخلاف في الجنون .

وأما غير المستغرق من الثلاثة ، فالنوم لايضر بالإجماع ، وفي الجنون قولان الجديد البطلان، لأنه مناف للصوم ، كالحيض وقطع به بعضهم .

وفى الإغماء طرق .

أحدها : لايضر إن أفاق جزءا من النهار ، سواء كان فى أوله أو آخره .

والثانى : القطع بأنه إن أفاق فى أوله صح ، وإلا فلا .

والثالث : وهو الأصح ـ فيه أربعة أقوال ، أظهرها لايضر إن أفاق لحظة ما .

والثانى : فى أوله خاصة .

والثالث : فى طرفيه .

والرابع : يضر مطلقا فيه ، فتشترط الإفاقة جميع النهار .

والفرع الخامس : الأذان .

لو نام أو أغمى عليه أثناءه ، ثم أفاق ؛ إن لم يطل الفصل بنى ، وإن طال ، وجب والاستئناف على المذهب .

قال فى شرح المهذب ، قال أصحابنا والجنون هنا كالإغماء .

السادس : لو لبس الخف ، ثم نام حتى مضى يوم وليلة انقضت المدة .

قال البلقينى : ولو جن أو أغمى عليه ، فالقياس أنه لاتحسب عليه المدة لأنه لاتجب عليه الصلاة ، بخلاف النوم لوجوب القضاء .

قال : ولم أر من تعرض لذلك .

السابع : إذا نام المعتكف حسب زمن النوم من الاعتكاف قطعا ، لأنه كالمستيقظ . وفى زمان الإغماء وجهان أصحهما يحسب ولا يحسب زمن الجنون قطعا ، لأن العبادات البدنية لايصح أداؤها فى حال الجنون .

الثامن : يجوز للولى أن يحرم عن المجنون بخلاف المغمى عليه كما جزم الرافعى .

التاسع : الوقوف بعرفة لايصح من المجنون ؛ والمغمى عليه مثله فى الأصح ، بخلاف النائم المستغرق فى الأصح .

وحكى الرافعى عن المتولى ـ وأقره ـ أنه إذا لم يجزه فى المجنون يقع نفلا كحج الصبى .

وكذا المغمى عليه ، كما فى شرح المهذب .

العاشر : يصح الرمى عن المغمى عليه ، ممن أذن له قبل الإغماء ، فى حال تجوز فيه الاستنابة.

قال فى شرح المهذب : والمجنون مثله ، صرح به المتولى وغيره .

الحادى عشر : يبطل بالجنون كل عقد جائز ، كالوكالة إلا فى رمى الجمار ، والإيداع والعارية

والكتابة الفاسدة ، ولا يبطل بالنوم . وفي الإغماء وجهان أصحهما كالجنون .

الثاني عشر : ينعزل القاضي بجنونه وبإغمائه بخلاف النوم .

الثالث عشر : ينعزل الإمام الأعظم بالجنون ولا ينعزل بالإغماء لأنه متوقع الزوال .

الرابع عشر : إذا جن ولي النكاح ، انتقلت الولاية للأبعد والإغماء إن دام أياما ، ففي وجه كالجنون ، والأصح لا ، بل ينتظر كما لو كان سريع الزوال .

الخامس عشر : يزوج المجنون وليه بشرطه المعروف ولا يزوج المغمى عليه كما يفهم من كلامهم ، وهو نظير الإحرام بالحج .

السادس عشر : قال الأصحاب : لا يجوز الجنون على الأنبياء لأنه نقص ويجوز عليهم الإغماء لأنه مرض ، ونبه السبكي على أن الإغماء الذي يحصل لهم ليس كالإغماء الذي يحصل لآحاد الناس ، وإنما هو لغلبة الأوجاع للحواس الظاهرة فقط دون القلب .

قال : لأنه قد ورد «أنه إنما تنام أعينهم دون قلوبهم» فإذا حفظت قلوبهم وعصمت من النوم الذي هو أخف من الإغماء ، فمن الإغماء بطريق الأولى ، انتهى وهو نفيس جدا .

السابع عشر : الجنون يقتضي الحجر ، وأما الإغماء فالظاهر أنه مثله ، كما يفهم من كلامهم .

الثامن عشر : يشترك الثلاثة في عدم صحة مباشرة العبادة والبيع والشراء ، وجميع التصرفات من العقود والفسوخ كالطلاق والعتق ، وفي غرامة المتلفات وأروش الجنايات .

التاسع عشر : لا ينقطع خيار المجلس بالجنون والإغماء على الصحيح .

ولم أر من تعرض للنوم .

العشرون : لو قال إن كلمت فلانا فأنت طالق ، فكلمته وهو نائم أو مغمى عليه أو هذت بكلامه في نومها وإغمائها ، أو كلمته وهو مجنون طلقت أو وهي مجنونة . قال ابن الصباغ : لا تطلق ، وقال القاضي حسين تطلق .

قال الرافعي : والظاهر تخريجه على حنث الناسي .

الحادي والعشرون ، لو وطىء المجنون زوجة ابنه حرمت عليه ، قاله القاضي حسين .

الثاني والعشرون : ذهب القاضي والفوراني إلى أن المجنون لا يتزوج الأمة ، لأنه لا يخاف من وطء يوجب الحد والإثم ، ولكن الأصح خلافه ، كذا في الأشباه والنظائر لابن الوكيل .

ثم ذكر أن الشافعي نص على أن المجنون لا يزوج منه أمة .

فرع : قال النووى فى شرح المهذب يسن إيقاظ النائم للصلاة ، لاسيما إن ضاق وقتها .

وقال السبكى فى كتابه المتقدم ذكره إذا دخل على المكلف وقت الصلاة وتمكن من فعلها وأراد أن ينام قبل فعلها ، فإن وثق من نفسه أنه يستيقظ قبل خروج الوقت بما يمكنه أن يصلى فيه ، جاز وإلا لم يجز ، وكذا لو لم يتمكن ولكن بمجرد دخول الوقت قصد أن ينام ، فإن نام حيث لم يثق من نفسه بالاستيقاظ أثم إثمين ؛ أحدهما إثم ترك الصلاة ، والثانى إثم التسبب إليه ، وهو معنى قولنا : يأثم بالنوم .

وإن استيقظ على خلاف ظنه ؛ وصلى فى الوقت لم يحصل له إثم ترك الصلاة .

وأما ذلك الإثم الذى حصل ، فلا يرتفع إلا بالاستغفار .

ولو أراد أن ينام قبل الوقت وغلب على ظنه أن نومه يستغرق الوقت ، لم يمتنع عليه ذلك لأن التكليف لم يتعلق به بعد ، ويشهد له ماورد فى الحديث « أن امرأة عابت زوجها بأنه ينام حتى تطلع الشمس ، فلايصلى الصبح إلا ذلك الوقت فقال : إنا أهل بيت معروف لناذلك — أى ينامون من الليل حتى تطلع الشمس — فقال النبى ﷺ : إذا استيقظت فصل » .

وأما إيقاظ النائم الذى لم يصل ، فالأول — وهو الذى نام بعد الوجوب — يجب إيقاظه من باب النهى عن المنكر .

وأما الذى نام قبل الوقت فلا ، لأن التكليف لم يتعلق به ، لكن إذا لم يخش عليه ضرر فالأولى إيقاظه ؛ لينال الصلاة فى الوقت انتهى ملخصا .

القول فى السكران

« اختلف فى تكليفه على قولين »

والأصح المنصوص فى الأم : أنه مكلف .

قال الرافعى : وفى محل القولين أربع طرق أصحها ، أنهما جاريان فى أقواله وأفعاله كلها، ماله وما عليه .

والثانى : أنهما فى أقواله كلها ، كالطلاق والعتاق والإسلام والردة ، والبيع والشراء وغيرها. وأما أفعاله : كالقتل والقطع وغيرها ، فكأفعال الصاحى بلا خلاف لقوة الأفعال .

الثالث : أنهما فى الطلاق والعتاق والجنايات .

وأما بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوضات ، فلا يصح بلا خلاف ، لأنه لا يعلم مايعقد عليه والعلم شرط فى المعاملات .

الرابع أنهما فيما له ، كالنكاح والإسلام .

أما ماعليه كالإقرار والطلاق والضمان ، فينفذ قطعا تغليظا .

وعلى هذا لو كان له من وجه ، وعليه من وجه ، كالبيع والإجارة نفذ تغليبا بطريق التغليظ .

هذا ما أورده الرافعى .

وقد اغتر به بعضهم فقال تفريعا على الأصل .

السكران فى كل أحكامه كالصاحى ، إلا فى نقض الوضوء .

قلت : وفيه نظر ، فالصواب تقييد ذلك بغير العبادات .

ويستثنى منه الإسلام .

أما العبادات ، فليس فيها كالصاحى كما تبين ذلك .

فمنها الأذان ، فلا يصح أذانه على الصحيح ؛ كالمجنون والمغمى عليه ، لأن كلامه لغو وليس من أهل العبادة ، وفيه وجه أنه يصح بناء على صحة تصرفاته .

قال فى شرح المهذب ، وليس بشىء .

قال ، أما من هو فى أول النشوة ، فيصح أذانه بلا خلاف .

ومنها ، لو شرب المسكر ليلا وبقى سكره جميع النهار ، لم يصح صومه ، وعليه القضاء ، وإن صحا فى بعضه فهو كالإغماء فى بعض النهار .

ومنها لو سكر المعتكف ، بطل اعتكافه وتتابعه أيضا .

واعلم ، أن فى بطلان الاعتكاف بالسكر والردة ، ستة طرق ، نظير مسألة العفو عما لا يدركه الطرف فى الماء والثوب .

الأول ، وهو الأصح ، يبطل بهما قطعا لأنهما أفحش من الخروج من المسجد .

والثانى ، لا ؛ قطعا .

والثالث ، فيهما قولان .

والرابع ، يبطل فى السكر دون الردة ، لأن السكران ليس من أهل المقام فى المسجد لأنه لا يجوز إقراره فيه ، فصار كما لو خرج من المسجد ، والمرتد من أهل المقام فيه ، لأنه يجوز إقراره فيه .

والخامس ، يبطل فى الردة دون السكر ، لأنه كالنوم بخلافها ، لأنها تنافى العبادات .

والسادس ، يبطل فى السكر لامتداد زمانه ، وكذا الردة إن طال زمانها . وإلا فلا .

قال الرافعى ، ولا خلاف أنه لايحسب زمانهما .

ومنها : لايصح وقوف السكران بعرفة ، سواء كان متعديا أم لا ، كالمغمى عليه ، ذكره فى شرح المهذب .

ومنها : فى وجوب الرد عليه إذا سلم وكذا المجنون ، وجهان فى الروضة بلا ترجيح .

قال فى شرح المهذب ، والأصح أنه لايجب الرد عليهما ، ولايسن ابتداؤهما .

فهذه فروع ليس السكران فيها كالصاحى .

وبقى فرع ، لم أر من ذكره وهو .

لو بان إمامه سكران ، فهل تجب الإعادة كما لو بان مجنونا ، لأنه لايخفى حاله أولا ، كما لو بان محدثا ؟ الظاهر الأول .

حد السكر

« فيه عبارات »

قال الشافعى : السكران هو الذى اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم .

وقال المزنى : هو الذى لايفرق بين السماء والأرض ولا بين أمه وامرأته .

وقيل : هو الذى يفصح بما كان يحتشم منه .

وقيل : الذى يتمايل فى مشيه ويهذى فى كلامه .

وقيل : الذى لايعلم مايقول .

وقال ابن سريج : الرجوع فيه إلى العادة ، فإذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم السكران ، فهو المراد بالسكران .

قال الرافعى : وهو الأقرب .

ولم يرتض الإمام شيئا من هذه العبارات .

وقال : الشارب له ثلاثة أحوال .

أولها هزة ونشاط ، يأخذه إذا دبت الخمر فيه ولم تستول عليه بعد ، ولا يزول العقل فى هذه الحالة بلاخلاف ، فهذا ينفذ طلاقه وتصرفاته لبقاء عقله .

الثانية نهاية السكر : وهو أن يصير طافحا ويسقط كالمغشى عليه ، لايتكلم ولا يكاد يتحرك ، فلا ينفذ طلاقه ولا غيره ، لأنه لاعقل له .

الثالثة حالة متوسطة بينهما : وهو أن تختلط أحواله ولا تنتظم أقواله وأفعاله ويبقى تمييز وفهم وكلام ، فهذه الثلاثة سكر ، وفيها القولان .

وماذكره فى الحالة الثانية تابعه عليه الغزالى ، وجعلا لفظه كلفظ النائم .

قال الرافعى فى الطلاق : ومن الأصحاب من جعله على الخلاف ، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة. قال : وهو أوفق لإطلاق الأكثرين.

قال الإسنوى : وقد خالف فى مواضع ، فجزم بأن الطافح الذى سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو .

ومنها : فى ولاية النكاح - فقال : السكر إن حصل بسبب يفسق به ، فإن قلنا الفاسق لا يلى ، فذاك ، وإن قلنا : يلى أو حصل بسبب لا يفسق فإن لم ينفذ تصرف السكران فالسكر كالإغماء ، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحى ؛ فمنهم من صحح تزويجه ومنهم من منع لاختلال نظره .

ثم الخلاف فيما إذا بقى له تمييز ونظر .

فأما الطافح الذى سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو .

ومنها : فى أواخر الطلاق قال : إن كلت فلانا فأنت طالق فكلمته وهو سكران ، أو مجنون طلقت .

قال ابن الصباغ : يشترط أن السكران بحيث يسمع ويتكلم .

وأما كلامها فى سكرها ، فتطلق به على الأصح إلا إذا انتهت إلى السكر الطافح .

وذكر مثله فى الأيمان .

تنبيه : من المشكل : قول المنهاج فى عدة مواضع :

منها : « فى الطلاق » يشترط لنفوذه التكليف إلا السكران .

وقال فى الدقائق وغيرها : إن قوله « إلا السكران » زيادة على المحرر ، لابد منها . فإنه غير مكلف ، مع أنه يقع طلاقه .

قال الإسنوى : وهذا كلام غير مستقيم ، فإن الصواب أنه مكلف .

وحكمه كحكم الصاحى فيما له وعليه ، غير أن الأصوليين قالوا : إنه غير مكلف ، وأبطلوا تصرفاته مطلقا ، فخلط النووى طريقة الفقهاء بطريقة الأصوليين ، فإنه نفى عنه التكليف ومع ذلك حكم بصحة تصرفاته ، وهما طريقتان لا يمكن الجمع بينهما .

وقال فى الخادم : ماذكره الإسنوى مردود ، بل الأصوليون قالوا : إنه غير مكلف مع قولهم بنفوذ تصرفاته ، صرح بذلك الإمام والغزالى ، وغيرهما . وأجابوا عن نفوذ تصرفاته بأنها من قبيل ربط الأحكام بالأسباب ، الذى هو خطاب الوضع ، وليس من باب التكليف .

وعن ابن سريج : أنه أجاب بجواب آخر ، وهو أنه لما كان سكره لايعلم إلا من جهته ، وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه . ألزمناه حكم أقواله ، وأفعاله . وطردنا مالزمه فى حال الصحة .

القول فى أحكام الصبى

قال فى كفاية المتحفظ : الولد مادام فى بطن أمه فهو جنين ، فإذا ولدته سمى صبيا ، فإذا فطم سمى غلاما ، إلى سبع سنين ، ثم يصير يافعا ، إلى عشر ، ثم يصير حزورا ، إلى خمسة عشر . انتهى .

والفقهاء يطلقون الصبى على من لم يبلغ ، وهو فى الأحكام على أربعة أقسام :

الأول : مالا يلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف ، وذلك فى التكاليف الشرعية : من الواجبات والمحرمات ، والحدود . والتصرفات : من العقود ، والفسوخ ، والولايات .

ومنها : تحمل العقل .

الثانى ما يلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف عندنا

وفى ذلك فروع :

منها : وجوب الزكاة فى ماله : والإنفاق على قريبه منه ، وبطلان عبادته بتعمد المبطل لا خلاف فى ذلك : فى الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، وصحة العبادات منه وترتب الثواب عليها ، وإمامته فى غير الجمعة ، ووجوب تبييت النية فى صوم رمضان .

قال فى الروضة ، فى باب الغصب : الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبى المميز يشتركون فى جواز الإقدام على إزالة المنكرات ، ويثاب الصبى عليه ، كما يثاب البالغ ، وليس لأحد منعه من كسر الملاهى ، وإراقة الخمر ، وغيرهما من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبى —

وإن لم يكن مكلفا فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات .

وقال السبكي : خطاب الندب ثابت فى حق الصبي ، فإنه مأمور بالصلاة ، من جهة الشارع أمر ندب ، مثاب عليها ، وكذلك يوجد فى حقه خطاب الإباحة ، والكراهة ، حيث يوجد خطاب الندب ، وهو ما إذا كان مميزا . انتهى .

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالبالغ

وفيه فروع :

الأول : إذا أحدث الصبي ، أو أجنب ، وتطهر ، فطهارته كاملة ، فلو بلغ صلى بها : ولم يجب إعادتها .

وفى وجه ، حكاه المتولى عن المزنى : أنها ناقصة ، فتلزمه الإعادة إذا بلغ .

ولو تيمم ، ثم بلغ ، لم يبطل تيممه فى الأصح ، ويصلى به الفرض فى الأصح .

وفى وجه : يبطل ، وفى آخر : يصلى به النفل ، دون الفرض .

الثانى : فى صحة أذانه : وجهان . الصحيح ـ وبه قطع الجمهور ـ : صحته ، ولكن يكره.

الثالث : القيام فى صلاة الفرض . هل يجب فى صلاة الصبي ، أو يجوز له القعود ؟ وجهان فى الكفاية ، بلا ترجيح .

قال الأذرعى : والأصح عند صاحب البحر : المنع .

قال الإسنوى : ويجريان فى الصلاة المعادة

قال : وكلام الأكثرين مشعر بالمنع .

قلت : ولا ينبغى أن يجريا فيما إذا خطب الصبي للجمعة بل يقطع بمنع القعود .

الرابع فى صحة إمامته فى الجمعة قولان أصحهما الصحة بشرط أن يتم العدد بغيره .

الخامس فى سقوط فرض صلاة الجنازة به وجهان أصحهما السقوط لأنه تصح إمامته فأشبه البالغ .

وفى نظيره : من رد السلام وجهان أصحهما عدم السقوط .

والفرق : أن المقصود هناك الدعاء وهو حاصل ، وهنا الأمان .

وفى سقوط فرض صلاة الجماعة بالصبيان : احتمالان للمحب الطبرى .

السادس : فى جواز توكيله فى دفع الزكاة وجهان الأصح الجواز .

السابع : يجوز اعتماد قوله فى الإذن ودخول دار وإيصال هدية فى الأصح .

ومحل الوجهين : ما إذا لم تكن قرينة وإلا فيعتمد قطعا .

الثامن : يحصل بوطئه التحليل على المشهور ، إذا كان ممن يتأتى منه الجماع .

أما الصغيرة المطلقة ثلاثا إذا وطئت ففيها طريقان ، أصحهما الحل قطعا .

والثانى : فى التى لا تشتهى ، الوجهان فى الصبى .

التاسع : التقاطه صحيح على المذهب ، كاحتطابه واصطياده .

العاشر : فى وجوب الرد عليه إذا سلم ، وجهان أصحهما الوجوب .

الحادى عشر : فى حل ماذبحه ، قولان أصحهما الحل ، فإن كان مميزا حل قطعا .

الثانى عشر : فى صحة إسلام الصبى المميز استقلالا ، وجهان المرجح منهما البطلان والمختار عند البلقينى : الصحة وهو الذى اعتمده .

ثم رأيت السبكى مال إليه فقال فى كتابه « إبراز الحكم » استدل من قال ببطلانه بالحديث بمثل ما احتج به لبطلان بيعه .

ووجه الدلالة فى البيع : أنه لو صح لاستلزم المؤاخذة بالتسليم ، والمطالبة بالعهدة ، والحديث دل على عدم المؤاخذة .

ولو صح أيضا لكلف أحكام البيع وهو لا يكلف شيئا ، وكذا فى الإسلام : لو صح لكلف أحكامه واللازم منتف بالحديث .

قال : وهذا استدلال ضعيف لأنه يكفى فى ترتيب أحكامه ظهور أثرها بعد البلوغ .

والقائل بصحة إسلامه يقول : إنه إذا بلغ ووصف الكفر صار مرتدا وهذا لاينفيه الحديث . إنما ينفى المؤاخذة حين الصبا والإسلام كالعبادات ، فكما يصح منه الصوم والصلاة والحج وغيرها: يصح منه الإسلام انتهى .

قلت : مما يدل لصحته من الحديث : مارواه أبو داود فى سننه عن مسلم التميمى . قال « بعثنا رسول الله ﷺ فى سرية ، فلما هجمنا على القوم تقدمت أصحابى على فرس ، فاستقبلنا النساء والصبيان يضجون، فقلت لهم: تريدون أن تحرزوا أنفسكم؟ قالوا نعم. قلت قولوا: نشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، فقالوها فجاء أصحابى فلامونى وقالوا : أشرفنا على الغنيمة فمنعتنا ، ثم انصرفنا إلى رسول الله ﷺ فقال : أتدرون ماصنع ؟ لقد كتب الله له بكل إنسان كذا وكذا ، ثم أدنانى منه »

الثالث عشر : فى كونه كالبالغ فى تحريم النظر ، حتى يجب على المرأة الاحتجاب منه وجهان. أصحهما نعم .

الرابع عشر : فى استحقاق سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان أصحهما نعم .

الخامس عشر : فى جواز القصر والجمع له رأيان .

قال صاحب البيان : لايجوز لأنهما إنما يكونان فى الفرائض ، والأصح الجواز .

قال العبادى : فلو جمع تقديما ثم بلغ ، لم تلزمه الإعادة .

السادس عشر : فى كون عمده فى الجنايات عمدا ، قولان الأظهر نعم .

وينبنى على ذلك فروع :

منها : وجوب القصاص على شريكه بجرح أو إكراه .

ومنها : تغليظ الدية عليه .

ومنها : فساد الحج بجماعه ، ووجوب الكفارة والقضاء .

ومنها : وجوب الفدية إذا ارتكب باقى المحظورات .

ومنها : إذا وطىء أجنبية ، فهو زنا إلا أنه لاحد فيه لعدم التكليف ، وعلى القول الآخر هو كالواطىء بشبهة ، فيترتب عليه تحريم المصاهرة .

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه ليس كالبالغ .

وفيه فروع :

الأول : سقوط السلام برده ، كما مر .

الثانى : وجوب نية الفرضية فى الصلاة . الأصح لا يشترط فى حقه ، كما صوبه فى شرح المهذب.

الثالث : قبول روايته ، فيه وجهان ، والأصح المنع .

الرابع ، والخامس : فى وصيته ، وتدبيره ، قولان . والأظهر بطلانهما .

السادس : فى منعه من مس المصحف ، وهو محدث وجهان ، والأصح لا .

قال الإسنوى : ولم أر تصريحا بتمكينه فى حال الجنابة والقياس المنع ، لأنها نادرة وحكمها أغلظ.

قلت : صرح النووى بالمسألة فى فتاويه ، وسوى فيه بين الجنابة ، والحدث .

قال فى الخادم وفيه نظر ، لأنها لاتتكرر ، فلا يشق .

قال : وعلى قياسه يجوز المكث فى المسجد ، وهو بعيد ، إذ لاضرورة .

السابع : فى منعه من لبس الحرير وجهان أصحهما لايمنع .

الثامن : إذا بطل أمان رجال ، لايبطل أمان الصبيان ، فى الأصح .

التاسع : هل يجوز أن يلتقط المميز ؟ وجهان . الصحيح نعم ، كغيره .

العاشر : إذا انفرد الصبيان بغزوة وغنموا ، خمست . وفى الباقى أوجه أصحها تقسم بينهم كما يقسم الرضخ ، على مايقتضيه الرأى ، من تسوية ، وتفضيل .

الثانى : يقسم ، كالغنيمة . للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهم .

والثالث : يرضخ لهم منه ؛ ويجعل الباقى لبيت المال .

الحادى عشر : فى صحة الأمان منه وجهان . أصحهما لايصح .

ضابط : حاصل المواضع التى يقبل فيها خبر المميز الإذن فى دخول الدار ، وإيصال الهدية ، وإخباره بطلب صاحب الدعوة ، واختياره أحد أبويه فى الحضانة ، ودعواه استعجال الإنبات بالدواء ، وشراؤه المحقرات ، نقل ابن الجوزى الإجماع عليه .

ما يحصل به البلوغ

«هو أشياء»

الأول : الإنزال ، وسواء فيه الذكر والأنثى .

وفى وجه لا يكون بلوغا فى النساء ، لأنه نادر فيهن .

ووقت إمكانه استكمال تسع سنين ، وفى وجه مضى نصف العاشرة . وفى آخر استكمالها .

قال الإسنوى : وهذان الوجهان فى الصبى .

أما الصبية : فقيل : أول التاسعة . وقيل : نصفها ، صرح به فى التتمة .

وتعليل الرافعى يرشد إليه .

ونظيره : الحيض ، والأصح فيه الأول وفيه وجه مضى نصف التاسعة . وفى آخر الشروع فيها ، واللبن . وجزم فيه بالأول .

الثانى : السن ، وهو استكمال خمس عشرة سنة .

وفى وجه : بالطعن فى الخامسة عشرة .

وفى آخر : حكاه السبكى مضى ستة أشهر منها .

قال السبكى : والحكمة فى تعليق التكاليف بخمس عشرة سنة أن عندها بلوغ النكاح وهيجان الشهوة ، والتوقان ، وتتسع معها الشهوات فى الأكل ، والتبسط ، ودواعى ذلك ويدعوه إلى ارتكاب مالا ينبغى ، ولا يحجره عن ذلك ويرد النفس عن جماحها ، إلا رابطة التقوى ، وتسديد المواثيق عليه والوعيد ، وكان مع ذلك قد كمل عقله ، واشتد أسره ، وقوته ، فاقتضت الحكمة الإلهية توجه التكاليف إليه ، لقوة الدواعى الشهوانية ، والصوارف العقلية ، واحتمال القوة للعقوبات على المخالفة .

وقد جعل الحكماء للإنسان أطوارا ، كل طور سبع سنين ، وأنه إذا تكمل الأسبوع الثانى ، تقوى مادة الدماغ ، لاتساع المجارى ، وقوة الهضم . فيعتدل الدماغ ، وتقوى الفكرة ، والذكر ، وتتفرق الأرنبة ؛ وتتسع الحنجرة فيغلظ الصوت ، لنقصان الرطوبة وقوة الحرارة . وينبت الشعر لتوليد الأبخرة ، ويحصل الإنزال ، بسبب الحرارة .

وتمام الأسبوع الثانى هو فى أواخر الخامسة عشرة لأن الحكماء يحسبون بالشمسية ، والمتشرعون يعتبرون الهلالية وتمام الخامسة عشرة متأخر عن ذلك شهرا . فإما أن تكون الشريعة حكمت بتمامها ، لكونه أمرا مضبوطا ، أو لأن هناك دقائق اطلع الشرع عليها ، ولم يصل الحكماء إليها اقتضت تمام السنة .

قال : وقد اشتملت الروايات الثلاث فى حديث « رفع القلم » وهو قوله « حتى يكبر » ، و « حتى يعقل » و « حتى يحتلم » على المعانى الثلاثة التى ذكرنا أنها تحصل عند خمس عشرة سنة.

فالكبر : إشارة إلى قوته وشدته ، واحتماله التكاليف الشاقة ، والعقوبات على تركها .

والعقل: المراد به الفكرة ، فإنه وإن ميز قبل ذلك ، لم يكن فكره تاما ، وتمامه عند هذا السن ، وبذلك يتأهل للمخاطبة ، وفهم كلام الشارع ، والوقوف مع الأوامر ، والنواهى.

والاحتلام : إشارة إلى انفتاح باب الشهوة العظيمة ، التى توقع فى الموبقات ، وتجذبه إلى الهوى فى الدركات .

وجاء التكليف كالحكمة فى رأس البهيمة يمنعها من السقوط ، انتهى كلام السبكى .

ثم قال : وأنا أقول : إن البلوغ فى الحقيقة المقتضى للتكليف هو بلوغ وقت النكاح للآية ، والمراد ببلوغ وقته بالاشتداد ، والقوة ، والتوقان ، وأشباه ذلك .

فهذا فى الحقيقة : هو البلوغ المشار إليه فى الآية الكريمة .

وضبطه الشارع بأنواع .

أظهرها : الإنزال .

وإذا أنزل تحققنا حصول تلك الحالة : إما قبيل الإنزال ، وإما مقارنه .

الثالث : إنبات العانة ، وهو يقتضى الحكم بالبلوغ فى الكفار . وفى وجه والمسلمين أيضا.

ومبنى الخلاف : على أنه بلوغ حقيقة ، أو دليل عليه ؟ وفيه قولان . أظهرهما الثانى .

فلو قامت بينة على أنه لم يكمل خمس عشرة سنة ، لم يحكم ببلوغه .

الرابع : نبات الإبط ، واللحية ، والشارب ، فيه طريقان .

أحدهما : أنه لا أثر لها قطعا .

والثانى : أنها كالعانة ، وألحق صاحب التهذيب الإبط بها ، دون اللحية ، والشارب .

والخامس : انفراق الأرنبة ، وغلظ الصوت ، ونهود الثدى ، ولا أثر لها على المذهب وتختص المرأة بالحيض ، والحبل .

فرع : إذا بلغ فى أثناء العبادة ، فإن كانت صلاة ، أو صوما وجب إتمامها ، وأجزأت على الصحيح .

والثانى : يستحب الإتمام ، وتجب الإعادة ، لأنه شرع فيها ناقصا .

أو حجا ، أو عمرة . فإن كان قبل الوقوف فى الحج ، والطواف فى العمرة : أجزأته عن فرض الإسلام ، وإلا فلا . وفى الحال الأول : تجب إعادة السعى ، إن كان قدمه .

فلو بلغ بعد فعلها ، أجزأته الصلاة ، دون الحج ، والعمرة .

والفرق : أنه مأمور بالصلاة ، مضروب عليها . بخلاف الحج ، وأن الحج لما كان وجوبه مرة واحدة فى العمر . اشترط وقوعه فى حال الكمال ، بخلاف الصلاة .

وعتق العبد ، وإفاقة المجنون ، كبلوغ الصبى .

فائدة: ذكر السبكى فى الحديث السابق سؤالين .

أحدهما : أن قوله « حتى يبلغ » و « حتى يستيقظ » و « حتى يفيق » غايات مستقبلة ، والفعل المغيى بها ، هو رفع ماض ، والماضى لا يجوز أن تكون غايته مستقبلة ، لأن مقتضى كون الفعل ماضيا كون أجزاء المغيى جميعها ماضية ، والغاية طرف المغيى . ويستحيل أن يكون المستقبل طرفا للماضى ، لأن الآن فاصل بينهما .

والغاية : إما داخلة فى المغيى فتكون ماضية أيضا ، وإما خارجة مجاورة ، فيصح أن يكون

الآن غاية للماضى. وإما أن تكون منفصلة، حتى يكون المستقبل المنفصل عن الماضى غاية له: فيستحيل

الثانى: أن الرفع قد يقال: إنه يقتضى سبق وضع. ولم يكن القلم موضوعا على الصبى.

وأجاب عن الأول: بالتزام حذف، أو مجاز، حتى يصح الكلام، فيقدر: رفع القلم: فلا يزال مرتفعا، حتى يبلغ، أو فهو مرتفع.

وعن الثانى: بأن الرفع لا يستدعى تقديم وضع، وبأن البيهقى قال إن الأحكام؛ إنما نيطت بخمس عشرة سنة، من عام الخندق، وقبل ذلك كانت تتعلق بالتمييز:

فإن ثبت هذا احتمل أن يكون المراد بهذا الحديث انقطاع ذلك الحكم، وبيان أنه ارتفع التكليف عن الصبى، وإن ميز حتى يبلغ، فيصح فيه: أنه رفع بعد الوضع، وهو الصحيح فى النائم، بلا إشكال، باعتبار وضعه عليه قبل نومه. وفى المجنون قبل جنونه، إذا سبق له حال تكليف.

القول فى أحكام العبد

قال أبو حامد فى الرونق: يفارق العبد الحر فى خمسين مسألة.

لا جهاد عليه، ولا تجب عليه الجمعة، ولا تنعقد به، ولا حج عليه، ولا عمرة إلا بالنذر، وعورة الأمة كعورة الرجل، ويجوز النظر إلى وجهها لغير محرم، ولا يكون شاهدا، ولا ترجمانا ولا قائفا، ولا قاسما، ولا خارصا، ولا مقوما، ولا كاتبا للحاكم ولا أمينا للحاكم، ولا قاضيا، ولا يقلد أمرا عاما، ولا يملك، ولا يطأ بالتسرى، ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر، ولا يعطى فى الحج فى الكفارات مالا، ولا يأخذ من الزكاة والكفارة شيئا إلا سهم المكاتبين، ولا يصوم غير الفرض إلا بإذن سيده، ولا يلزم سيده إقراره بالمال، ولا يكون وليا فى النكاح، ولا فى قصاص، ولا حد، ولا يرث، ولا يورث، وحده النصف من حد الحر، ولا يرجم فى الزنا. وتجب فى إتلافه قيمته، وما نقص منه بقيمته، ولا يتحمل الدية، ولا يتحمل عنه، ولا تتحمل العاقلة قيمته، ولا يتزوج بامرأتين، سواء كانتا حرتين أم أمتين، وطلاقه اثنتان. وعدة الأمة قرءان ولا لعان بينها وبين سيدها، فى أحد القولين، ولا ينفى فى الزنا، فى أحد القولين، ولا يقتل به الحر، ولا من فيه بعض الحرية، ولا يؤدى به فروض الكفارة ولا يتزوج بنفسه ويكره على التزويج، وقسم الأمة على النصف من قسم الحرة، ولا يحد قاذفه، ولا يسهم له من الغنيمة، ويأخذ اللقطة على حكم سيده، ولا يكون

وصيا ، ولا تصح كفالته إلا بإذن سيده ، ويجعل صداقا ويجعل نذرا ، ويكون رهنا . انتهى.

قلت : لقد جمع أبو حامد فأحسن ، وبقي عليه أشياء ، أذكرها بعد أن أتكلم على ماذكره.

فقوله : ولا حج ، ولا عمرة إلا بالنذر ، فيه أمران :

أحدها : أنه يلزمه الحج والعمرة بغير طريق النذر ، وهو الإفساد ، إذا أحرم ، ثم جامع فإنه يلزمه القضاء على المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، لأنه مكلف ، وهل يجزيه فى حال رقه ؟ قولان . أصحهما : نعم .

والأمر الثانى : إذا لزمه ذلك بالنذر ، فهل يصح منه فى حال رقه ؟ قال الرويانى فيه وجهان . كما فى قضاء الحجة التى أفسدها . كذا فى شرح المهذب عنه .

وصرح فى زوائد الروضة بتصحيح الإجزاء .

وقوله : وعورة الأمة كعورة الرجل ، هو الأصح . وفى وجه : أنها كالحرة ، إلا الرأس، وفى آخر : إلا الرأس والساق . وفى ثالث : إلا ما يبدو فى حال الخدمة ، وهما المذكوران ، والرقبة ، والساعد .

وقوله : ويجوز النظر إلى وجهها ، هو وجه صححه الرافعى ، وصحح النووى أنها فى ذلك كالحرة .

وقوله : ولا يكون شاهدا استثنى منه صورتان على رأى ضعيف .

الأول : هلال رمضان إذا اكتفينا فيه بواحد . فى جواز كونه عبدا وجهان . أصحهما : المنع .

والثانية : إسماع القاضى الأصم إذا لم يشترط فيه العدد فى جواز كون المسمع عبدا وجهان، كالهلال أصحهما المنع .

وقوله : ولا قائفا ، هو الأصح وفيه وجه .

وقوله : ولا كاتبا لحاكم ، هو الصحيح . وقال القفال فى شرح التلخيص : يجوز كونه كاتبا لأن الكتابة لا يتعلق بها حكم ، لأن القاضى لا يمضى ما كتبه حتى يقف عليه والمعتمد إنما هو شهادة الشهود الذين يشهدون بما تضمنه المكتوب .

وقوله : ولا يملك ، هو الأظهر وفى قول قديم أنه يملك بتمليك السيد ملكا ضعيفا للسيد الرجوع فيه متى شاء وفى احتياجه إلى القبول وجهان ، بناء على إجباره فى النكاح .

قال الرافعى : ولا يجرى الخلاف فى تمليك الأجنبى.

وفى المطلب : أن جماعة أجروه فيه ، منهم القاضى حسين والماوردى .

وقوله : ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر إن أراد الوجوب بسببه ، فيجب فيه زكاة التجارة أيضا ، وإن أراد أن الوجوب يلاقيه وهو مبنى على الخلاف فى زكاة الفطر هل الوجوب يلاقى المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدى ، أولا ؟ فيه قولان : أصحهما الأول .

قال : وتظهر فائدتهما فيما اذا لم يخرج السيد عنه ثم عتق ، هل يخرج ما مضى ؟ .

قوله : ولا يورث ، قد يستثنى منه مسألة وهو مالو وجب له تعزير بقذف ومات ، فإن الأصح أن حقه ينتقل إلى سيده لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت كالحد .

قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ولكنه أخص الناس به .

فما ثبت له فى حياته يكون لسيده بعد موته بحق المال .

وفى وجه : يستوفيه أقاربه ، لأن العار يعود عليهم .

وفى ثالث : يستوفيه السلطان ، كحر لاوارث له .

وفى رابع : يسقط ، فعلى هذا يفارق الحر .

قوله : ولا تتحمل العاقلة قيمته هو قول ، والأظهر خلافه وعلى الأول لايجرى فيه القسامة وتجرى على الثانى .

وعجبت لأبى حامد ! كيف جزم بذلك القول ، ولم يذكر مسألة القسامة ؟ ! .

قوله : وطلاقه ، اثنتان .

قوله : وعدة الأمة قرءان ، بقى عليه ذات الأشهر ولها شهر ونصف فى الأظهر . والثانى شهران . والثالث ثلاثة كالحرة . والمتوفى عنها ولها شهران وخمسة أيام .

قوله : ولا لعان بينها وبين سيدها فى أحد القولين وهو الأظهر .

قوله : ولا ينفى فى الزنا فى أحد القولين ، والأظهر أنه ينفى نصف سنة ، وفى قول : سنة ، كالحر .

قوله : ويكره على التزويج هو فى الأمة كذلك ، وفى العبد قول ، والأظهر أنه لايجبر سواء كان كبيرا أو صغيرا .

قال ابن الرفعة : القياس أن إحرام السيد عن عبده كتزويجه .

قوله : ولا يسهم له من الغنيمة ، هذا إن كان فى المقاتلة حر ، فإن كانوا كلهم عبيدا فأوجه، أصحها يقسم بينهم أربعة أخماس ماغنموه كما يقسم الرضخ على مايقتضيه الرأى من تسوية وتفضيل.

والثانى: يقسم كالغنيمة ، والثالث يرضخ لهم منه ويجعل الباقى لبيت المال .

قوله : ويأخذ اللقطة ، الأظهر أنه لا يصح التقاطه ولا يعتد بتعريفه .

قوله : ولا تصح كفالته إلا بإذن سيده ، كذلك ضمانه .

هذا مايتعلق بما ذكره .

وبقى عليه أنه لا يؤذن لجماعة ولا يحضرها إلا بإذن سيده ، ذكر الأول فى شرح المهذب والثانى : القاضى حسين ، والحر أولى منه فى الأذان كما فى شرح المهذب .

والإمامة والجنازة ونذره للحج صحيح بلا إذن كما فى الروضة وأصلها ، وللصلاة والصوم. قال فى الجواهر : ينبغى صحتها .

وللقرب المالية فى الذمة . قال فى الكفاية : كضمانه فيتوقف على الإذن .

ولا يصح منه بيع ولا غيره من العقود إلا بإذن السيد ولا يكون وكيلا فى إيجاب النكاح ولا عاملا فى الزكاة ، إلا إذا عين له الإمام قوما يأخذ منهم قدرا معينا وهل يعطى حينئذ من سهم العاملين ؟ .

وفى استحقاقه : سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان : أصحهما نعم .

وفى قبول الوصية والهبة وتملك المباحات بلا إذن ، وجهان .

ولا جزية عليه ولا فطرة عن امرأته ، بل تجب على سيدها إن كانت أمة ونفقته نفقة المعسرين ولا تنكح الأمة إلا بشروط ولا على الحرة ولا تخدم وإن كانت جميلة فى الأصح لنقص الرق .

فإذا نكحها العبد على الحرة ، ففى استحقاقها السبع والثلاث وجهان : أصحهما نعم كالحرة ، لأنه شرع لارتفاع الحشمة وحصول الباسطة ، وهو يتعلق بالطبع فلا يختلف بالرق والحرية . وفى وجه : تستحق الشطر كالقسم ، ففى وجه يكمل المنكسر كالأقراء والطلاق والأشبه لا ، لأن التنصيف فيه ممكن .

ولا تصير الأمة فراشا بمجرد الملك حتى توطأ وتصير الحرة فراشا بمجرد العقد .

وإذا زوجها السيد استخدمها نهارا وسلمها للزوج ليلا ، ولا نفقة على الزوج حينئذ فى الأصح ويسافر بها السيد بدون إذنه .

ويضمن العبد باليد ويقطع سارقه ويضمن منافعه بالفوات بخلاف الحر فى الثلاث .

ويصح وقفه ، ولايصح وقف الحر نفسه ، ولاتصح وصيته وقيل إن عتق ثم مات صحت.

ولا يصح الوقف عليه لنفسه ولا الإيصاء له .

ولا توطأ الأمة بمجرد الملك حتى تستبرأ وتوطأ الحرة بمجرد العقد ويحصل استبراؤها بوضع حمل زنا ولا يتصور انقضاء عدة الحرة بحمل زنا .

وتجب نفقة العبد والأمة وفطرتهما ، وإن عصيا وأبقا بخلاف الزوجة لأنها فى الرقيق للملك ، وهو باق مع الإباق والعصيان . وفى الزوجة للاستمتاع وهو منتف مع النشوز ، ونفقة الزوجة مقدرة ولا تسقط بمضى الزمان ونفقة الرقيق للكفاية وتسقط بمضيه .

ويفضل بعض الإماء على بعض فى النفقة والكسوة بخلاف الزوجات ولا حصر لعدد التسرى ولا يجب لهن قسم ، ويجوز جمعهن فى مسكن بغير رضاهن ولا يجرى فيهن ظهار ولا إيلاء ولا تطالب سيدها العنين بوطء ولا تمنع منه إن كان به عيب .

ولا تجب نفقة الرقيق على قريبه ولا حضانة له ولا يحضنه أقاربه ، بل سيده ولا عقيقة له كما ذكره البلقينى تخريجا ولو كان أبوه غنيا لأنه لا نفقة له عليه وإنما يخاطب بالعقيقة من عليه النفقة ولا يسن للسيد أن يعق عن رقيقه وفى ذلك قلت ملغزا :

أيها السالك فى الفقـ ـه على خير طريقه
هل لنا نجل غنى ليس فيه من عقيقه !

ولا يسقط ضمان قتله أو قطعه بإذنه فى ذلك . وفى سقوط القصاص بإذنه لمثله وجهان فى الروضة بلا ترجيح . قال البلقينى أصحهما السقوط .

وفى اللباب : الجناية على العبد مثلها على الحر إلا فى سبعة أشياء .

لا يقتل به الحر ولا من فيه حرية . وتجب فيه القيمة بالغة مابلغت ويعتبر نقصان أطرافه من ضمان نفسه ولا يختلف الذكر والأنثى وتجب فى جنايته نقد البلد ولا تجرى فيه القسامة قلت : الأصح تجرى فيه كما مر .

تنبيه : الجناية على العبد تارة تكون من غير إثبات يد وتارة بإثبات اليد فقط وتارة بهما .

فالأول تجب فيه القيمة فى نفسه وفى أطرافه من القيمة مافى أطراف الحر من الدية وفى غير المقدرة ما نقص منها .

والثانى فيه أرش النقص فقط .

والثالث فيه أكثر الأمرين منهما .

حكم إقراره

« يقبل فيما أوجب حدا أو قصاصا لانتفاء التهمة »

فلو أقر بالقصاص فعفا على مال فالأصح تعلقه برقبته وإن كذبه السيد لأنه إنما أقر بالعقوبة واحتمال المواطأة فيها بعيد وإن أقر بسرقة قطع ولا يقبل فى المال إذا كان تالفا فى الأظهر بل يتعلق بذمته كما لو أقر به ابتداء وإن كان باقيا وهو فى يد السيد لم ينزع منه إلا ببينة أو فى يد العبد فقيل يقبل قطعا وقيل لا قطعا وقيل قولان والأظهر لا يقبل مطلقا وإن أقر بدين جناية أو غصب أو سرقة لا يوجب القطع أو إتلاف وصدقه السيد تعلق برقبته وإلا فبذمته أو معاملة ولم يكن مأذونا له لم يتعلق برقبته بل بذمته أو مأذونا قبل وأدى من كسبه .

الأموال المتعلقة بالعبد

« هى أقسام »

الأول ما يتعلق برقبته فيباع فيه ، وذلك أرش الجناية وبدل المتلفات سواء كان بإذن السيد أم لا لوجوبه بغير رضا المستحق . ويستثنى :

ما إذا كان العبد صغيرا لا يميز أو مجنونا أو أعجميا يرى وجوب طاعة الأمر فى كل شىء فلا يتعلق برقبته ضمان على الأصح لأنه كالآلة ، فأشبه البهيمة والثانى : نعم لأنه بدل متلف .

الثانى ما يتعلق بذمته فيتبع به إذا عتق وهو ماوجب برضا المستحق دون السيد كبدل المبيع والقرض إذا أتلفهما وكذا لو نكح وزاد على ماقدره له السيد فالزائد فى ذمته أو امتثل وليس مكتسبا ولا مأذونا له .

وفى قول هو فى هذه الحالة على السيد وفى آخر فى رقبته .

ولو نكح بغير إذن سيده ووطىء فهل يتعلق مهر المثل بذمته لكونه وجب برضا مستحقه أو برقبته لأنه إتلاف قولان أظهرهما الأول .

فإن كان بغير رضاه كأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها فطريقان .

أحدهما طرد القولين والثانى القطع بتعلقه بالرقبة وبه قال ابن الحداد كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا .

ولو أذن سيده فى النكاح فنكح فاسدا ووطىء فهل يتعلق بذمته أو رقبته أوسنه ؟ أقوال أظهرها الأول .

ولو أفطرت فى رمضان لحمل أورضاع خوفا على الولد فالفدية فى ذمتها قاله القفال .

الثالث : مايتعلق بكسبه وهومائبت برضاها وذلك المهر والنفقة إذا أذن له السيد فى النكاح وهو كسوب أو مأذون له فى التجارة وكذا إذا نكح صحيحا وفسد المهر أو أذن له فى نكاح فاسد وجب مهر المثل كما ذكره الرافعى قياسا أو ضمن بإذن السيد أو لزمه دين تجارة .

وحيث قلنا يتعلق بالكسب فسواء المعتاد والنادر على الصحيح ويختص بالحادث بعد الإذن دون ماقبله .

وحيث كان مأذونا تعلق بالربح الحاصل بعد الإذن وقبله وبرأس المال فى الأصح .

وحيث لم يوف فى الصور تعلق الفاضل بذمته ولا يتعلق بكسبه بعد الحجر فى الأصح .

وفى وجه أن المال فى الضمان متعلق بذمته وفى آخر برقبته .

الرابع مايتعلق بالسيد وذلك جناية المستولدة والعبد الأعجمى وغير المميز كما مر والمهر والنفقة إذا أذن فى النكاح على القديم .

تنبيه: من المشكل قول المنهاج فإن باع مأذون له وقبض الثمن فتلف فى يده فخرجت السلعة مستحقة رجع المشترى ببدلها على العبد وله مطالبة السيد أيضا ،وقيل لا ، وقيل إن كان فى يد العبد وفاء ، فلا .

ولو اشترى سلعة ، ففى مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف .

ثم قال : ولايتعلق دين التجارة برقبته ولا ذمة سيده ، بل يؤدى من مال التجارة . وكذا من كسبه ،

فما ذكره : من أن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد ، مخالف لقوله قبل : إن السيد يطالب ببدل الثمن التالف فى يد العبد وبثمن السلعة التى اشتراها أيضا .

وقد وقع الموضعان كذلك فى المحرر والروضة وأصلها .

قال فى المطلب : ولايجمع بينهما بحمل الأول على مجرد المطالبة والثانى على بيان محل الدفع، فإن الوجه الثالث المفصل يأبى ذلك .

قال السبكى والإسنوى : وسبب وقوع هذا التناقض أن المذكور أولا هو طريقة الإمام، وأشار فى المطلب إلى تضعيفها ، وثانيا هو طريقة الأكثرين فجمع الرافعى بينهما فلزم منه مالزم.

وحمل البلقينى قولهم : إن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد على أن المراد بسائر أمواله .

القول فى أحكام المبعض

« هى أقسام »

الأول : ما ألحق فيه بالأحرار بلا خلاف

وفى ذلك فروع

منها : صحة البيع والشراء ، والسلم والإجارة ، والرهن ، والهبة ، والوقف ، وكل تبرع إلا العتق، والإقرار ، بأن لايضر المالك .

ويقبل فيا يضره فى حقه ، دون سيده ويقضى مما فى يده .

ومنها . ثبوت خيار المجلس ، والشرط والشفعة .

ومنها : صحة خلعها ، وفسخ النكاح بالإعسار ، وأن السيد لايطؤها ولا يجبرها على النكاح، ولايقيم عليها الحد .

الثانى : ما ألحق فيه بالأرقاء ، بلا خلاف

« وفيه فروع »

ومنها . أنه لاتنعقد به الجمعة ، ولاتجب عليه فى غير نوبته ، ولايجب عليه الحج ، ولايسقط حجه حجة الإسلام.

ولا ضمان إن لم يكن مهايأة ، أو ضمن فى نوبة السيد .

ولا يقطع بسرقة مال سيده . ويقطع سارقه .

ولا ينكح بلا إذن ، وينكح الأمة ولو كان موسرا ، نقل الإمام الاتفاق عليه كما ذكره فى المهمات ولا ينكح الحر مبعضة ولا من يملك بعضها ، أو تملك بعضه .

ولا يثبت لها الخيار تحت عبد ويثبت بعتق كلها تحت مبعض .

ولايقتل به الحر ولو كافرا .

ولا يكون واليا ، ولا وليا ، ولا شاهدا ، ولا خارصا ، ولا قاسما ، ولامترجما ، ولاوصيا، ولا قائفا . ولا يحمل العقل . ولا يكون محصنا فى الزنا ، ولا فى القذف . ولا يجزئ فى الكفارة ، ولا يرث ، ولا يحكم لبعضه ولا يشهد له ، ولايجب عليه الجهاد . وطلاقه طلقتان ، وعدتها قرءان .

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالأحرار

وفيه فروع

منها : وجوب الزكاة فيما ملكه ، ويورث ، ويكفر بالطعام والكسوة ، ويصح التقاطه ، ويدخل في ملكه إن كان في نوبته ، وكذا زكاة الفطر .

ولو اشترى زوجته بالمال المشترك بإذن سيده ملك جزأها ، وانفسخ النكاح ، وكذا بغير إذنه في الأظهر ، أو بخالص ماله فكذلك ، أو مال السيد فلا .

ولو أوصى لنصفه الحر خاصة أو الرقيق خاصة ، ففي الصحة وجهان أصحهما : في زوائد الروضة : يصح ، ويكون له خاصة في الأولى ، ولسيده خاصة في الثانية والثاني لا ، كما لا يرث.

ولو أوصى له — وبعضه ملك وارث الموصى — فإن كان مهايأة ومات في نوبته . صحت ، أو نوبة السيد فوصية لوارث ، وكذا إن لم يكن مهايأة .

قال الإمام : يحتمل أن تبعض الوصية .

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالأرقاء

وفيه فروع

منها : أنه لاتجب عليه الجمعة في نوبته . ولا يقتل به مبعض ، سواء كان أزيد حرية منه أم لا ، ونفقته نفقة المعسرين ، ويحد في الزنا ، والقذف حد العبد ، ويمنع من التسرى ، ولا تجب عليه نفقة القريب ولا الجزية . وعورتها في الصلاة كالأمة ، واشتراط النجوم ، إذا كوتب.

الخامس : ماوزع فيه الحكم

وفيه فروع

منها : زكاة الفطر ، حيث لا مهايأة ، على كل منه ومن سيده نصف صاع ، والكسب النادر كذلك .

وتجب على قريبه من نفقته بقدر حريته .

وتحمل عاقلته نصف الدية في قتله الخطأ .

وفي قتله ، والجناية عليه ؛ وغرته من الدية بقدر الحرية ، وبقدر الرق من القيمة ، ويزوج المبعضة السيد مع قريبها . فإن لم يكن ، فمع معتقها . فإن لم يكن ، فمع الحاكم . وقيل لايزوج .

ويعتكف فى نوبته ، دون نوبة السيد .

ومن غرائب هذا القسم

ما ذكره الرويانى

لو ملك المبعض مالا بحريته ، فاقترضه منه السيد ، ورهن عنده نصيبه الرقيق صح .

قال العلائى : وهذه من مسائل المعاناة ، لأنه يقال فيها مبعض لا يملك مالك النصف عتق نصيبه إلا بإذن المبعض ، لأن هذا النصف إذا كان مرهونا عنده لم يتمكن السيد من عتقه إذا كان معسرا إلا بإذنه . انتهى .

وبقى فروع لا ترجيح فيها

منها : مالا نقل فيه .

ومنها : لو قدر على مبعضة ، هل ينكح الأمة ؟ فيه تردد للإمام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله ، كذا فى أصل الروضة ، بلا ترجيح .

ومنها : إذا التقط لقيطا فى نوبته ، هل يستحق كفالته ؟ وجهان ، نقلهما الرافعى عن صاحب المعتمد .

ومنها : لو سرق سيده ماملك بحريته . قال القفال لا يقطع .

وقال أبو على : يقطع .

ومنها : لو قبل الوصية ، بلا إذن فهل يصح فى حصته ؟ وجهان .

ومنها : القسم للمبعضة . هل تعطى حكم الحرائر ، أو الإماء ، أو يوزع ؟ .

قال العلائى : لا نقل فيه .

قلت : بل صرح الماوردى ، بأنها كالأمة ، وجزم به الأذرعى فى القوت ، ثم ذكر التوزيع بحثا .

ومنها : هل له نكاح أربع ، كالحر ، أولا ، كالعبد . أو يوزع ؟ .

قال العلائى : الظاهر الثانى ، لأن النصف الرقيق منه غير منفصل ، فيؤدى إلى أن ينكح به أكثر من اثنتين .

قلت : ويؤيده مسألتا الطلاق ، والعدة .

ثم رأيت الحكم المذكور مصرحا به . منقولا عن الماوردى ، وصاحب الكافى ، والرونق ، واللباب .

وبحث الزركشى فيه التوزيع ، تخريجا من وجه ، فى الحد .

ونظيره : مالو سقى الزرع بمطر ، أو ماء اشتراه ، سواء ، فإن فيه ثلاثة أرباع العشر .

ومنها : هل يصح الوقف عليه ، أولا ، كالعبد ؟ ، قال العلائى لانقل فيه .

قلت : بل هو منقول ، صرح بصحته ابن خيران فى اللطيف .

قال الزركشى : فلو أراد سيده أن يقف عليه نصفه الرقيق ، فالظاهر الصحة ، كالوصية .

ومنها : لو اجتمع رقيق ومبعض . قال العلائى الظاهر أن المبعض أولى بالإمامة .

ومنها : يغسل الرجل أمته بخلاف المبعضة . فيما يظهر ، لأنها أجنبية ، قاله العلائى .

قال : وهى أولى من المكاتبة . وقد جزموا بأنها لاتغسل السيد .

ومنها : يجوز توكيل مكاتب الراهن فى قبض المرهون ، لأنه أجنبي ، لاعبده ، وفى المبعض نظر .

قال العلائى : يحتمل أن يكون كالمكاتب .

ومنها : هل يسهم له من الغنيمة ، قال العلائى فيه نظر .

ويقوى ذلك : إذا كان فى نوبته وقاتل بإذن سيده ، ويكون ذلك كمالو اكتسب .

ولا يخرج على الأكساب النادرة لأن إذنه فى القتال لايجعل الغنيمة نادرة .

وليس له أن يقاتل بلا إذن قطعا ، ولم يتعرضوا له وإن لم يكن مهايأة بعد الإسهام .

ومنها : هل يرى سيدته ، إذا قلنا بجوازه للعبد .

قال العلائى : فيه نظر . وينبغى أن لايراها .

قلت : صرح الماوردى بمنعه ، وقال : لايختلف فيه أصحابنا .

ومنها : هل يرى من نصفها له ، والباقى حر .

قال العلائى : يحتمل أن يكون فيه الخلاف فى الصلاة ، وقد رجح الماوردى أنها كالحرة .

ورجح ابن الصباغ ، وطائفة أنها كالأمة .

ومنها : لو اعتدت عن الوفاة ، أو بالأشهر .

قال العلائى : لم أر فيه نقلا .

وقد قالوا : إن عدتها قرءان ، فالظاهر أنها فى الأشهر على النصف كالأمة .

وكذا قال الأذرعى وغيره بحثا .

تنبيه

« يدخل فى المهايأة : الكسب ، والمؤن المعتادة قطعا »

وفى النادر من الأكساب : كاللقطة ، والوصية ، والمؤن ، كأجرة الحجام ، والطبيب قولان ، أو وجهان . أصحهما : الدخول .

ولا يدخل أرش الجناية بالاتفاق ، لأنها متعلقة بالرقبة ، وهى مشتركة . كذا فى الروضة نقلا عن الإمام ، وهو صريح فى أن فرض المسألة فى جنايته هو ، وبه صرح الإمام .

أما لو جنى عليه ، فالظاهر أيضا : أنه كذلك قاله .

فائدة

« التبعيض ، يقع ابتداء فى صور »

الأول : ولد المبعضة من زوج أو زنا ، سئل عنه القاضى حسين فقال : يمكن تخريجه على الوجهين : فى الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك وهو معسر ، ثم استقر جوابه على أنها كالأم حرية ورقا .

قال الإمام : وهذا هو الوجه . لأنه لاسبب لحريته إلا الأم ، فيقدر بقدرها .

الثانية : الولد من الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك المعسر . اختلف فيه التصحيح .

ففى المكاتبة بين اثنين يطؤها أحدهما ، وهو معسر . قال الرافعى : وتبعه فى الروضة فى الولد وجهان . أصحهما ، نصفه حر ، ونصفه رقيق . والثانى : كله حر للشبهة .

وقال فى استيلاد أحد الغانمين المحصورين ، إذا أثبتنا الاستيلاد : أنه إذا كان معسرا هل ينعقد الولد حرا أو بقدر حصته ، والباقى رقيق . وجهان . وقيل : قولان .

أحدهما : كله حر . لأن الشبهة تعم الجارية . وحرية الولد تثبت بالشبهة ، وإن لم تثبت الاستيلاد.

ووجه الثانى : أنه تبع للاستيلاد ، وهو متبعض .

قالا : وهذا الخلاف يجرى فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة ، وهو معسر .

فإن قلنا : كله حر لزم المستولد قيمة حصة الشركاء فى الولد ، وهذا هو الأصح كذا قاله القاضى أبو الطيب ، والرويانى ، وغيرهما .

قال البلقينى : والصحيح أنه يتبعض .

الثالثة : إذا استولد الأب الحر جارية مشتركة بين ابنه وبين غيره — وهو معسر — فيكون نصف الولد حرا ، ونصفه رقيقا على الأظهر .

الرابعة : العتيق الكافر بين المسلم والذمي إذا نقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، فسبي ، فإنه يسترق نصيب الذمي على الأصح ، ولا يسترق نصيب المسلم ، على المشهور .

الخامسة : ضرب الإمام الرق على بعض شخص ، ففي جوازه وجهان أصحهما في الروضة ، وأصلها : الجواز .

قال البغوي : فإن منعناه ، فإن ضرب الرق على بعضه رق كله .

وهذه صورة يسرى فيها الرق ، ولا نظير لها ، وإياها عنيت بقولي :

أيها الفقيه ، أيدك الله ولا زلت في أمان ويسر
هل لنا معتق نصيبا فيلغى ولنا صورة بها الرق يسرى ؟

السادسة . إذا أوصى بنصف حمل الجارية ، ثم أعتق الوارث الجارية بعد الموت ، ثم حدث ولد ، فإن نصفه حر ، ونصفه رقيق للموصى له .

وأما التبعيض في عبده الخالص : فلا يقع إلا في ثلاث صور :

الأولى : رهن بعض عبده وأقبضه ، ثم أعتق غير المرهون وهو معسر ، فإنه يعتق ذلك البعض فقط .

الثانية : جنى عبد بين اثنين ، ففداه أحدهما ، ثم اشترى الذي لم يفد ذلك النصف المفدى وأعتقه — وهو معسر — عتق فقط .

الثالثة : وكل وكيلا في عتق عبده ، فأعتق الوكيل نصفه ، فأوجه . أصحها في الروضة وأصلها : يعتق ذلك النصف فقط .

والثاني : يعتق كله ، ورجحه البلقيني ، تنزيلا لعبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل .

والثالث : لا يعتق شيء لمخالفة الوكيل .

القول في أحكام الأنثى

« تخالف الذكور في أحكام »

لا يجزئ في بولها النضح ، ولا الحجر ، إن كانت بنتا .

والسنة في عانتها : النتف . ولا يجب ختانها في وجه .

ويجب عليها غسل باطن لحيتها . ويسن حلقها . وتمنع من حلق رأسها .

ولبنها طاهر على الصحيح .

وفى لبن الرجل كلام ، سنذكره .

ومنها نجس فى وجه : وتزيد فى أسباب البلوغ : بالحيض ، والحمل .

ولا تؤذن مطلقا ، ولا تقيم للرجال .

وعورتها تخالف عورة الرجل ، وصوتها عورة فى وجه ، ويكره لها الحمام . وقيل يحرم .

ولا تجهر بالصلاة فى حضرة الأجانب . وفى وجه مطلقا ، وتضم بعضها إلى بعض فى الركوع والسجود ، وإذا نابها شئ فى صلاتها صفقت . والرجل يسبح ، ولا تجب عليها الجماعة .

ويكره حضورها للشابة . ولا يجوز إلا بإذن الزوج ، وهى فى بيتها أفضل من المسجد .

ولا يجوز اقتداء الرجل ، والخنثى بها . وتقف إذا أمت النساء وسطهن .

ولها لبس الحرير ، وكذا افتراشه فى الأصح ، وحلى الذهب والفضة .

ولا جمعة عليها . ولا تنعقد بها .

ولا ترفع صوتها بتكبير العيد ، ولا تلبية الحج ، ولا تخطب بحال .

والأفضل : تكفينها فى خمسة أثواب ، وللرجال ثلاثة ، ويقف المصلى عليها عند عجزها وفى الرجل عند رأسه . ويندب لها ، نحو القبة فى التابوت .

ولا يسقط بها فرض الجنازة مع وجود الرجال فى الأصح .

ولا تحمل الجنازه ، وإن كان الميت أنثى .

ولا تأخذ من سهم العاملين ، ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة فى وجه .

ولا تقبل فى الشهادات : إلا فى الأموال وما لا يطلع عليه الرجال .

ولا كفارة عليها بالجماع فى رمضان .

ويصح اعتكافها فى مسجد بيتها فى القديم . ويكره لها الاعتكاف ، حيث كرهت الجماعة .

ولا تسافر إلا مع زوج ، أو محرم فيشترط لها ذلك فى وجوب الحج عليها . ويشترط لها أيضا : المحمل ، لأنه أستر : ويندب لها عند الإحرام : تخضب يديها ، ووجهها .

ويباح لها : الخضب بالحناء مطلقا ، ولا يجوز للرجل إلا لضرورة ، ولا يحرم عليها فى الإحرام المخيط ، وستر الرأس . بل الوجه والقفازان ولاتقبل الحجر ، ولا تستلمه ولاتقرب

من البيت : إلا عند خلو المطاف من الأجانب . ولا ترمل فى الطواف ، ولا تضطبع ، ولا ترقى على الصفا والمروة ، ولا تعدو بين الميلين . ولا تطوف . ولا تسعى إلا بالليل وتقف فى حاشية الموقف والرجل عند الصخرات وقاعدة ، والرجل راكب ولا تؤمر بالحلق . ولا ترفع يدها عند الرمى .

والتضحية بالذكر أفضل منها فى المشهور .

ويعق عنها بشاة ، وعن الذكر بشاتين ، والذكر فى الذبح أولى منها .

ويجوز بيع لبنها سواء كانت أمة أم حرة ، على الأصح . بخلاف لبن الرجل .

ولا يجوز قرضها . والتقاطها للتملك لغير المحرم فى الأصح ، بخلاف العبد .

ولا تكون وليا فى النكاح ، ولا وكيلا فى إيجابه ، ولا قبوله . ولا فى الطلاق . فى وجه .

والغناء منها غير متقوم ، ومن العبد متقوم .

ولا تصح معها المسابقة ، لأنها ليست من أهل الحرب .

ولا يقبل قولها فى استلحاق الولد إلا ببينة فى الأصح ، بخلاف الرجل .

وهى على النصف من الرجل فى الإرث ، والشهادة ، والغرم عند الرجوع ، والدية نفسا وجرحا . وفى هبة الوالد فى وجه . وفى النفقة على القريب فى أحد الوجهين

ولا تلى القضاء ، ولا الوصاية فى وجه ؛

وتجبر الأمة على النكاح ، بخلاف العبد فى الأظهر . ولا تجبر سيدها على تزويجها قطعا إذا كانت تحل له ويجبر على تزويج العبد فى قول ، ويحرم عليها ولدها من زنا . بخلاف الرجل .

ويحل لها نكاح الرقيق مطلقا .

وبضعها يقابل بالمهر ، دون الرجل .

ويحرم لبنها ، دون لبن الرجل على الصحيح .

وتقدم على الرجال فى الحضانة ، والنفقة ، والدعوى ؛ والنفر من مزدلفة إلى منى ، والانصراف من الصلاة .

وتؤخر فى الفطرة والموقف فى الجماعة ، وفى اجتماع الجنائز عند الإمام . وفى اللحد .

وتقطع حلمة الرجل بحلمتها لا عكسه ، وفى حلمتها الدية . وفى حلمته الحكومة على الأصح .

وفى استرسال نهدها : الحكومة ، بخلاف الرجل .

ولا تباشر استيفاء القصاص .

ولا تدخل فى القرعة ، على الأصح فى الشرح والروضة .

ولا تحمل الدية ، ولا ترمى لو نظرت فى الدار ، فى وجه .

ولا جهاد عليها ، ولا جزية . ولا تقتل فى الحرب ، مالم تقاتل .

وفى جواز عقد الأمان لها استقلالا ، من غير إدخال رجل فى العقد . فيه وجهان الشرح ، بلا ترجيح ، ولا يسهم لها ، ولا تستحق السلب ، فى وجه .

ولا تقيم الحد على رقيقها ، فى وجه .

ويحفر لها فى الرجم إن ثبت زناها ببينة ، بخلاف الرجل ، وتجلد جالسة ، والرجل قائما .

ولا تكلف الحضور للدعوى إذا كانت مخدرة ، ولا إذا توجه عليها اليمين ، بل يحضر إليها القاضى فيحلفها ، أو يبعث إليها نائبه .

تنبيه

فى مواضع مهمة ، تقدمت الإشارة إليها

منها : تقدم أن لبنها طاهر .

وأما لبن الرجل : فلم يتعرض له الشيخان . وصرح الصيمرى فى شرح الكفاية بطهارته. وصححه البلقينى . وصرح ابن الصباغ بأنه نجس .

ومنها : المرأة فى العورة . لها أحوال :

حالة مع الزوج ، ولا عورة بينهما ، وفى الفرج وجه .

وحالة مع الأجانب ، وعورتها : كل البدن ، حتى الوجه ، والكفين فى الأصح .

وحالة مع المحارم والنساء ، وعورتها : ما بين السرة والركبة .

وحالة فى الصلاة ، وعورتها : كل البدن ، إلا الوجه والكفين . وصرح الإمام فى النهاية: بأن الذى يجب ستره منها فى الخلوة : هى العورة الصغرى ، وهو المستور من عورة الرجل .

ومنها : المجزوم به ، وهو الوارد فى الحديث « إن المرأة إذا نابها شىء فى صلاتها تصفق . ولا تسبح » .

قال الإسنوى : وقد صححوا أنها تجهر فى الصلاة بحضرة زوج ، أو محرم ، أو نسوة أو وحدها . وقياس ذلك : أن تسبح فى هذه الأحوال . كالرجل. ويحمل الحديث على غير ذلك ، لأن التسبيح فى الصلاة أليق من الفعل ، خصوصا التصفيق .

ومنها : هل يحرم على الأجانب تعزية الشابة ؟ لاتصريح بذلك فى كتب الرافعى ، والنووى ، وابن الرفعة .

وذكر أبو الفتوح فى أحكام الخناثى : أن المحارم يعزونها ، وغير المحارم يعزون العجوز دون الشابة.

قال الإسنوى : ومقتضاه التحريم .

ومنها : هل يجوز أن تكون المرأة نبية اختلف فى ذلك .

وممن قيل بنبوتها : مريم .

قال السبكى فى الحلبيات : ويشهد لنبوتها ذكرها فى سورة مريم ، مع الأنبياء . وهو قرينة.

قال : وقد اختلف فى نبوة نسوة غير مريم ، كأم موسى وآسية وحواء وسارة .

ولم يصح عندنا فى ذلك شىء انتهى .

القول فى أحكام الخنثى

قال الأصحاب : الأصل فى الخنثى . ما روى الـكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال — فى مولود له ماللرجال ، وما للنساء — « يورث من حيث يبول» . أخرجه البيهقى . وهو ضعيف جدا .

ولـكن روى ذلك عن على رضى الله عنه وغيره .

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا هشيم عن مغيرة . عن الشعبى . عن على أنه قال : « الحمد لله الذى جعل عدونا يسألنا عما نزل به من أمر دينه إن معاوية كتب إلى يسألنى عن الخنثى ، فـكتبت إليه أن يورثه من قبل مباله » .

قال النووى : الخنثى ضربان ضرب له فرج المرأة ، وذكر الرجال . وضرب ليس له واحد منهما . بل له ثقبة يخرج منها الخارج ، ولاتشبه فرج واحد منهما .

فالأول : يتبين أمره بأمور .

أحدها : البول . فإن بال بذكر الرجال وحده فرجل ، أو بفرج النساء فامرأة أو بهما اعتبر بالسابق ، إن انقطعا معا . وبالمتأخر إن ابتدآ معا . فإن سبق واحد ، وتأخر آخر اعتبر بالسابق . فإن اتفقا فيهما ، فلا دلالة فى الأصح ، ولا ينظر إلى كثرة البول من أحدهما ، ولا إلى التزريق بهما ، أو الترشيش .

الثانى ، والثالث : خروج المنى والحيض فى وقت الإمكان . فإن أمنى بالذكر ، فرجل أو الفرج أو حاض ، فامرأة .

بشرط أن يتكرر خروجه ليتأكد الظن به ، ولا يتوهم كونه اتفاقيا . كذا جزم به الشيخان.

قال الإسنوى : وسكوتهما عن ذلك فى البول يقتضى عدم اشتراطه فيه ، والمتجه استواء الجميع فى ذلك .

قال : وأما العدد المعتبر فى التكرار . فالمتجه إلحاقه بما قيل فى كلب الصيد بأن يصير عادة له.

فإن أمنى بهما ، فالأصح أنه يستدل به .

فإن أمنى نصفه منى الرجال فرجل . أو نصفه منى النساء ، فامرأة .

فإن أمنى من فرج الرجال نصفه منهم . ومن فرج النساء نصفه منهن ، أو من فرج النساء نصفه منى الرجال ، أو عكسه ، فلا دلالة .

وكذا إذا تعارض بول وحيض ، أو منى . بأن بال بفرج الرجال ، وحاض أو أمنى بفرج النساء . وكذا إذا تعارض المنى والحيض فى الأصح .

الرابع : الولادة . وهى تفيد القطع بأنوثته ، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها .

قال فى شرح المهذب : ولو ألقى مضغة . وقال القوابل إنه مبدأ خلق آدمى حكم به . وإن شككن دام الإشكال .

قال : ولو انتفخ بطنه ، وظهرت أمارة حمل لم يحكم بأنه امرأة ، حتى يتحقق الحمل .

قال الإسنوى : والصواب الاكتفاء بظهور الأمارة . فقد جزم به الرافعى فى آخر الكلام على الخنثى . وتبعه عليه فى الروضة . وكذا فى شرح المهذب فى موضع آخر وهو الموافق ، الجارى على القواعد المذكورة فى الرد بالعيب ، وتحريم الطلاق ، واستحقاق المطلقة النفقة، وغير ذلك.

الخامس : عدم الحيض فى وقته علامة على الذكورة ، يستدل بها عند التساوى فى البول . نقله الإسنوى عن الماوردى .

قال : وهى مسألة حسنة ، قل من تعرض لها .

السادس : إحباله لغيره ، نقله الإسنوى عن العدة ، لأبى عبدالله الطبرى ، وابن أبى الفتوح وابن المسلم .

قال : ولو عارضه حبله قدم على إحباله ، حتى لو وطئ كل من المشكلين صاحبه ، فأحبله، حكمنا بأنهما أنثيان ، ونفينا نسب كل منهما عن الآخر .

السابع : الميل ويستدل به عند العجز ، عن الأمارات السابقة . فإنها مقدمة عليه . فإن مال إلى الرجل فامرأة ، أو إلى النساء فرجل .

فإن قال : أميل إليهما ميلا واحدا ، ولا أميل إلى واحد منهما ، فمشكل .

الثامن : ظهور الشجاعة ، والفروسية ، ومصابرة العدو ، كما ذكره الإسنوى تبعا لابن المسلم :

التاسع إلى الثانى عشر : نبات اللحية ، ونهود الثدى ، ونزول اللبن ، وتفاوت الأضلاع فى وجه . والأصح أنها لادلالة لها .

وأما الضرب الثانى

ففى شرح المهذب عن البغوى : أنه لايتبين إلا بالميل .

قال الإسنوى : ويتبين أيضا بالمنى المتصف بأحد النوعين ، فإنه لا مانع منه .

قال : وأما الحيض ، فيتجه اعتباره أيضا . ويحتمل خلافه . لأن الدم لايستلزم أن يكون حيضا ، وإن كان بصفة الحيض ، لجواز أن يكون دم فساد . بخلاف المنى .

وأما أحكام الخنثى . الذى لم يبن فأقسام

والضابط أنه يؤخذ فى حقه بالاحتياط ، وطرح الشك .

القسم الأول

« ماهو فيه كالأنثى »

وذلك : فى نتف العانة ، ودخول الحمام ، وحلق الرأس ؛ ونضح البول ، والأذان والإقامة، والعورة ، والجهر فى الصلاة ، والتصفيق فيما إذا نابه شئ ، والجماعة ، والاقتداء والجمعة ، ورفع الصوت بالتكبير ، والتلبية ، والتكفين ، ووقوف المصلى عند عجزها ، وعدم سقوط فرض الجنازة بها ، وكونها لا تأخذ من سهم العاملين ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة . وشرط وجوب الحج ، ولبس المخيط ، والقرب من البيت ، والرمل ، والاضطباع، والرقى، والعدو ، والوقوف، والتقديم من مزدلفة ، والعقيقة ، والذبح ، والتوكيل فى النكاح وغيره ، والقضاء ، والشهادة، والدية ، وعدم تحمل العقل . وفى الجهاد ، والسلب والرضخ ، والجزية . والسفر بلا محرم . ولا يحلل وطؤه .

القسم الثانى

ما هو فيه كالذكر

وذلك فى لبس الحرير ، وحلى الذهب ، والوقوف أمام النساء إذا أمهن ، لاوسطهن لاحتمال كونه رجلا ، فيؤدى وقوفه وسطهن إلى مساواة الرجل للمرأة ، وفى الزكاة ، وليس وطؤه فى زمن الخيار فسخا ، ولا إجازة . ويقبل قوله فى استلحاق الولد ، كما صححه أبو الفتوح ، ونقله الإسنوى احتياطا للنسب ، ولايحرم رضاعه ، ولا دية فى حلمتيه ، ولا حكومة فى إرسال ثديه ، أو جفاف لبنه .

القسم الثالث

ما وزع فيه الحكم

وفى ذلك فروع :

الأول : لحيته ، لايستحب حلقها . لاحتمال أن تتبين ذكورته ، فيتشوه . ويجب فى الوضوء غسل باطنها ، لاحتمال كونه امرأة ، كما جزم به الشيخان وغيرهما .

وذكر صاحب التعجيز فى شرحه أنه كالرجل ، لأن الأصل عدم الوجوب .

الثانى : لاينتقض وضوءه ، إلا بالخروج من فرجيه ، أو مسهما ، أو لمسه رجلا وامرأة ولا غسله إلا بالإنزال منهما ، أو بإيلاجه ، والإيلاج فيه .

قال البغوى : وكل موضع لايجب فيه الغسل على الخنثى المولج . لايبطل صومه ، ولا حجه ، ولا يجب على المرأة التى أولج فيها عدة ، ولا مهر لها .

وأما الحد : فلا يجب على المولج فيه ، ولا المولج . ويجب على الخنثى الجلد والتغريب ولو أولج فيه رجل ، وأولج الخنثى فى دبره ، فعلى الخنثى الجلد . وكذا الرجل إن لم يكن محصنا . فإن كان محصنا . فإن حده بتقدير أنوثة الخنثى الرجم ، وبتقدير ذكورته الجلد .

والقاعدة : أن التردد بين جنسين من العقوبة ، إذا لم يشتركا فى الفعل ، يقتضى إسقاطهما بالكلية ، والانتقال إلى التعزير ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، وليس أحدهما بأولى من الآخر . كذا ذكره ابن المسلم ، فى أحكام الخنائى .

وقال الإسنوى : إنه حسن متجه ، وحينئذ فيجب على الرجل التعزير .

وهذه من غرائب المسائل : شخص أتى مايوجب الحد . فإن كان محصنا عزر ، وإن

كان غير محصن جلد ، وعزز . وإياها عنيت بقولي ملغزا .

قل للفقيه ، إذا لقيـ ـت محاجيا ومغربا :
فرع بدا في حكمه لأولي النهى مستغربا
شخص أتى ماحــده قطعا غدا مستوجبا
إن تلقه بكرا جلد ت مثا تثم وغربا
وإذا تراه محصنا عززته مترقبـا
قد أصبح التحريـ ـمـا قلته متعجبا
فأبنه دمت موضحا للمشكلات مهذبا

الثالث : إذا حاض من الفرج . حكم بأنوثته وبلوغه ، ولا يحرم عليه محرمات الحيض لجواز كونه رجلا ، والخارج دم فاسد .

الرابع : يجب عليه ستر كل بدنه ، لاحتمال كونه امرأة ؛ فلو اقتصر على ستر عورة الرجل وصلى . فوجهان أصحهما في التحقيق الصحة ، للشك في وجوبه .

قال الإسنوي : والفتوى عليه . فإنه الذي يقتضيه كلام الأكثرين .

وصحح في شرح المهذب وزوائد الروضة البطلان ، لأن الستر شرط وقد شككنا في حصوله.

الخامس : لا تجب عليه الفدية في الحج إلا لستر رأسه ووجهه معا ، والأحوط له : أن يستر رأسه دون وجهه وبدنه بغير المخيط . كما قال القفال . ونقله الإسنوي .

السادس : الإرث . يعامل في حقه كالمرأة ، وفي حق سائر الورثة كالرجل ، ويوقف القدر الفاضل للبيان . فإن مات ، فلابد من الاصطلاح على المذهب .

القسم الرابع

«ما خالف فيه النوعين»

فيه فروع :

منها : ختانه والأصح تحريمه . لأن الجرح لا يجوز بالشك .

ومنها : لا يجوز له الاستنجاء بالحجر ، لا في ذكره . ولا في فرجه ، لالتباس الأصلي بالزائد، والحجر : لا يجزئ ، إلا في الأصلي .

ومنها : إذا مات لا يغسله الرجال ، ولا النساء الأجانب كما اقتضاه كلام الرافعى . وصحح فى شرح المهذب أنه يغسله كل منهما .

ومنها : أنه فى النظر والخلوة مع الرجال كامرأة ومع النساء كرجل .

ومنها : أنه لايباح له من الفضة كما يباح للنساء ، ولا يباح للرجال .

ومنها : لايصح السلم فيه لندوره . ولايصح قبضه عن السلم فى جارية ، أوعبد ، لاحتمال كونه عكس ما أسلم فيه .

ومنها : لا يصح نكاحه .

القسم الخامس

ما وسط فيه الذكر والأنثى

وفى ذلك فروع :

منها : أوصى بثوب لأولى الناس به . قدمت المرأة ، ثم الخنثى ، ثم الرجل .

ومنها : يقف خلف الإمام . الذكور ، ثم الخنائى ، ثم النساء .

ومنها : ينصرف بعد الصلاة النساء ، ثم الخنائى ثم الرجال .

ومنها : يقدم فى الجنائز إلى الإمام ، وإلى اللحد الذكور ، ثم الخنائى ، ثم النساء .

ومنها : الأولى بحمل الجنازة الرجال ، ثم الخنائى ثم النساء .

ومنها : التضحية بالذكر أفضل ، ثم الخنثى ثم الأنثى .

ومنها : الأولى فى الذبح الرجل ثم الخنثى ؛ ثم الأنثى :

فرع : إذا فعل شيئا فى حال إشكاله ، ثم بان مايقتضى ترتب الحكم عليه . هل يعتد به ؟ فيه نظائر .

الأول : إذا اقتدى بخنثى . فبان رجلا ، ففى الإجزاء قولان . أظهرهما عدم الإجزاء .

الثانى : إذا عقد النكاح بخنثيين ، فباناذكرين ، ففى صحته وجهان ، بناء على مسألة الاقتداء . قال النووى . لكن الأصح هنا الصحة . لأن عدم جزم النية يؤثر فى الصلاة .

الثالث : لوتزوج رجل بخنثى ؛ ثم بان امرأة ، أو عكسه . جزم الرويانى فى البحر : بأنه لا يصح . واقتضى كلام ابن الرفعة الاتفاق عليه ، وأنهم لم يجروا فيه خلاف الاقتداء .

ثم فرق بين النكاح والصلاة ، بأن احتياط الشرع فى النكاح أكثر من احتياطه فى الصلاة ، لأن أمر النكاح غير قاصر على الزوجين ، وأمر الصلاة قاصر على المصلى . ولهذا

لا يجوز الإقدام على النكاح بالاجتهاد ، عند اشتباه من تحل . بمن لا تحل . ويجوز ذلك فيما يتعلق بالصلاة : من طهارة : وسترة ، واستقبال .

قال الإسنوى . الصواب إلحاقه بها إذا كان شاهدا ، لاستواء الجميع فى الركنية ، وقد صرح به ابن المسلم .

قال : ويؤيد الصحة . ما فى البحر . أنه لو تزوج امرأة ، وهما يعتقدان بينهما أخوة من الرضاع ثم تبين خلاف ذلك ، صح النكاح على الصحيح .

الرابع : إذا توضأ ، أو اغتسل حيث لم يحكم باستعمال الماء فلو بان . فهل يتبين الحكم باستعماله ؟ ينبنى على طهارة الاحتياط هل ترفع الحدث الواقع فى نفس الأمر ، أم لا ؟ والأصح لا ، فلا يحكم عليه بالاستعمال .

ذكره الإسنوى تخريجا .

الخامس : لو صلى الظهر ، ثم بان رجلا وأمكنه إدراك الجمعة ، لزمه السعى إليها فإن لم يفعل لزمه إعادة الظهر ، بناء على أن من صلى الظهر قبل فواتها لم يصح ، قاله فى شرح المهذب .

السادس : لو خطب فى الجمعة أو كان أحد الأربعين ثم بان رجلا ، لم يجز فى أصح الوجهين

السابع : لو صلى على الجنازة مع وجود الرجل ، ثم بان رجلا لم يسقط الفرض على أصح الوجهين .

وهما مبنيان على مسألة الاقتداء .

قال الإسنوى : ووجهه ، أن نية الفرضية واجبة وهو متردد فيها .

الثامن : إذا قلنا بجواز بيع لبن المرأة دون الرجل ، فبيع لبن الخنثى ثم بان امرأة ففيه القولان ، فيمن باع مال مورثه ظانا حياته فبان ميتا ،

التاسع : أسلم فى عبد أو جارية ، فسلمه خنثى لم يصح .

فلو قبضه ، فبان بالصفة التى أسلم فيها فوجهان : كالمسألة التى قبلها ذكره ابن المسلم

ويجريان أيضا : فيما لو نذر أن يهدى ناقة أو جملا ، فأهدى خنثى وبان .

أو أن يعتق عبدا أو أمة ، فأعتق خنثى وبان .

قاله ابن المسلم أيضا .

العاشر : وكل خنثى فى إيجاب النكاح أو قبوله فبان رجلا ، ففى صحة ذلك وجهان كالمسألة قبلها ، قاله ابن المسلم .

الحادى عشر : رضع منه طفل ثم بان أنثى ، ثبت التحريم جزما .

الثانى عشر : وجبت الدية على العاقلة ، لم يحمل الخنثى فإن بان ذكرا فهل يغرم حصته التى أداها غيره ؟ قال الرافعى ، فيه وجهان فى التهذيب .

وصحح فى الروضة من زوائده : الغرم بحثا ونقله الإسنوى عن أبى الفتوح وصاحب البيان.

الثالث عشر : لاجزية على الخنثى ، فلو بان ذكرا فهل يؤخذ منه جزية السنين الماضية ؟ وجهان فى الشرح .

قال فى الروضة : ينبغى أن يكون الأصح الأخذ .

وقال الإسنوى : بل ينبغى تصحيح العكس ، فإن الرافعى ذكر أنه إذا دخل حربى دارنا وبقى مدة ثم اطلعنا عليه ، لا نأخذ منه شيئا لما مضى على الصحيح ، لأن عماد الجزية القبول ، وهذا حربى لم يلتزم شيئا وهذا موجود هنا ، بل أولى لأنا لم نتحقق الأهلية فى الخنثى .

وقال ابن المسلم : إن كان الخنثى حربيا ودخل بأمان ، ثم تبين أنه رجل فلا جزية لعدم العقد وإن كان ولد ذمى ، فإن قلنا إن من بلغ من ذكورهم يحتاج إلى عقد جديد فلا شىء عليه وإلا وجبت .

قال الإسنوى : والذى قاله مدرك حسن .

الرابع عشر : لوولى القضاء ثم بان رجلا ، لم ينفذ حكمه الواقع فى حال الإشكال على المذهب وقيل فيه وجهان وهل يحتاج إلى تولية جديدة .

قال الإسنوى : القياس نعم ، فقد جزم الرافعى بأن الإمام لو ولى القضاء من لايعرف حاله لم تصح ولايته وإن بان أهلا .

الخامس عشر : لو لم يحكم بانتقاض طهره بلمس أو إيلاج أو غيرهما ، فصلى ثم بان خلافه، ففى وجوب القضاء طريقان .

أحدهما : أنه على القولين فيمن تيقن الخطأ فى القبلة ، والأصح القطع بالإعادة كما لو بان محدثا والفرق : أن أمر القبلة مبنى على التخفيف بدليل تركها فى نافلة السفر بخلاف الطهارة .

فرع : لايجوز اقتداء الخنثى بمثله لاحتمال كون الإمام امرأة والمأموم رجلا .

ونظيره : لو اجتمع أربعون من الخناثى فى قرية لم تصح إقامتهم الجمعة ذكره أبو الفتوح ولو كان له أربعون من الغنم خناثى ، قال الإسنوى فالمتجه أنه لايجزيه واحدمنها لجواز أن يكون المخرج ذكرا والباقى إناث ، بل يشترى أنثى بقيمة واحد منهما .

قال . ويحتمل أن يجزى لأنه على صفة المال ، فلا يكلف المالك سواه .

فرع: الخنثى : إما ذكر أو أنثى ، هذا هو الصحيح المعروف .

وقيل : إنه نوع ثالث .

وتفرع على ذلك فروع

منها : إذا قال إن أعطيتنى غلاما أو جارية فأنت طالق ، طلقت بالخنثى على الصحيح ولا تطلق على الآخر .

ومنها : لو حلف لا يكلم ذكرا ولا أنثى ، فكلم الخنثى حنث على الصحيح ولا يحنث على الآخر .

ومنها : وقف على الأولاد ، دخل الخنثى أو البنين أو البنات لم يدخل ولكن يوقف نصيبه، كالإرث أو البنين والبنات دخل على الصحيح لأنه إما ذكر أو أنثى ، وقيل لا لأنه لا يعدو واحدا منهما .

فرع

« فى أحكام الخنثى الواضح »

منها : أن فرجه الزائد له حكم المنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلى .

ومنها : أنه لا يجوز له قطع ذكره وأنثييه لأن الجرح لا يجوز بالشك ذكره أبو الفتوح.

قال : ولا يتجه تخريجه على قطع السلعة ، نقله الإسنوى ؛

ومنها : لو اشترى رقيقا فوجده خنثى واضحا ثبت الخيار فى الأصح كما لو بان مشكلا وكذا لو بان أحد الزوجين فى قول .

ولو اشتراه عالما به فوجده يبول بفرجيه معا ثبت الخيار أيضا ، لأن ذلك لاسترخاء المثانة .

فائدة

«حيث أطلق الخنثى فى الفقه ، فالمراد به المشكل »

القول فى أحكام المتحيرة

إنما يطلق هذا الاسم على ناسية عادتها فى الحيض قدرا ووقتا ، وتسمى أيضا محيرة . بكسر الياء ـ لأنها حيرت الفقيه فى أمرها .

وقد ألف الدارمى فى أحكامها مجلدة واختصرها النووى .

فالأصح ــ وبه قطع الجمهور ــ أنها تؤمر بالاحتياط .

وبيان ذلك بفروع

الأول : يحرم على زوجها وسيدها وطؤها بكل حال لاحتمال الحيض .

فى وجه : لايحرم ، لأنه يستحق الاستمتاع فلا نحرمه بالشك .

فعلى الأول : لو وطئ عصى ولا يلزمه التصدق بدينار على القديم ، لأنا لم نتيقن الوطء فى الحيض وما بين سرتها وركبتها كحائض ، وعلى الزوج نفقتها ويقسم لها ، ولا خيار له فى فسخ النكاح لأن جماعها ليس مأيوسا منه بخلاف الرتقاء .

قال الأذرعى : ولو اعتقد الزوج إباحة الوطء ، فالظاهر أنه ليس لها المنع .

الثانى : يحرم عليها المسجد كالحائض .

قال فى شرح المهذب : إلا المسجد الحرام فإنه يجوز دخوله للطواف المفروض وكذا المسنون فى الأصح ولا يجوز لغيرها .

الثالث : يحرم عليها قراءة القرآن خارج الصلاة ، واختار الدارمى جوازها .

وأما فى الصلاة : فقراءة الفاتحة وكذا غيرها فى الأصح .

الرابع : يجوز تطوعها بالصلاة والصوم والطواف فى الأصح ، لأن النوافل من مهمات الدين وفى منعها تضييق عليها ولأنها مبنية على التخفيف وقيل : يحرم لأن حكمها كالحائض وإنما جوز لها الفرض للضرورة ولا ضرورة هنا ، وقيل : يجوز الراتبة وطواف القدوم دون النفل المطلق .

الخامس : يجب عليها الغسل لكل فرض إذا لم تعلم وقت انقطاعه ، فإن علمته كعند الغروب ، وجب كل يوم عقب الغروب .

ويشترط وقوع الغسل فى وقت الصلاة لأنها طهارة ضرورة ولا يشترط المبادرة بالصلاة بعده ، على الصحيح فيهما .

السادس : يجب عليها أداء الصلاة والصوم لوقتهما ، مع قضاء الصوم أيضا ، اتفاقا ومع قضاء الصلاة ، على ماصححه الشيخان وصحح الإسنوى خلافه ونقله عن نص الشافعى وتقضى الطواف أيضا إذا فعلته .

السابع : لايجوز أن يقتدى بها طاهرة ولا متحيرة لاحتمال مصادفة الحيض ، فأشبه صلاة الرجل خلف الخنثى .

الثامن : ليس لها الجمع بين الصلاتين تقديما ، لأن شرطه تقدم الأولى وهى صحيحة يقيناً، أو بناء على أصل ولم يوجد هنا .

التاسع : لو أفطرت لحمل أو رضاع خوفا على الولد ، فلافدية على الصحيح لاحتمال الحيض، والأصل براءتها .

العاشر : يجب عليها طواف الوداع ولو تركته فلا دم عليها لما ذكر ، قاله الروياني .

الحادى عشر : عدتها بثلاثة أشهر فى الحال ولا تؤمر بانتظار سن اليأس على الصحيح هذا إذا لم تحفظ دورها ، فإن حفظته اعتدت بثلاثة أدوار سواء كانت أكثر من ثلاثة أشهر أم أقل.

الثانى عشر : استبراؤها ، قال البلقينى لم يتعرضوا له فى الاستبراء وتعرضوا له فى العدة وهو من المشكلات ، فإنها وإن كان لها حيض وطهر ، إلا أن ذلك غير معلوم فنظر إلى الزمان والاحتياط المعروف فى عدتها فإذا مضت ، خمسة وأربعون يوما ، فقد حصل الاستبراء .

وبيان ذلك : أن يقدر ابتداء حيضها فى أول الشهر مثلا ، فلا يحسب ذلك الحيض فإذا مضت خمسة عشر يوما طهرا ثم بعد ذلك خمسة عشر يوما حيضة كاملة ، فقد حصل الاستبراء .

الثالث عشر : هل يجوز نكاحها لخائف العنت إذا كانت أمة ، لم أر من تعرض له والظاهر المنع لأن وطأها ممتنع شرعا فلا تندفع الحاجة بها .

وهل يجوز نكاح الأمة لمن عنده متحيرة ؟ الظاهر المنع أيضا لأنها ليست مأيوسا من جماعها بخلاف الرتقاء ويحتمل الجواز .

القول فى أحكام الأعمى

قال أبو حامد فى الرونق يفارق الأعمى البصير فى سبع مسائل.

لاجهاد عليه ، ولا يجتهد فى القبلة ، ولا تجوز إمامته على رأى ضعيف ، ولا يصح بيعه ولا شراؤه ولا دية فى عينيه ، ولا تقبل شهادته إلا فى أربع مسائل .

الترجمة والنسب وما تحمل وهو بصير وإذا أقر فى أذنه رجل فتعلق به حتى شهد عليه عند الحاكم انتهى .

قلت : وبقى أشياء أخر .

لا يلى الإمامة العظمى ولا القضاء ولا تجب عليه الجمعة ولا الحج إلا أن وجد قائدا .

قال القاضى الحسين فى الجمعة إن أحسن المشى بالعصا من غير قائد لزمته .

قال فى الخادم وينبغى جريانه فى الحج ، بل أولى لعدم تكرره .

ولا تصح إجارته ولا رهنه ولا هبته ولا مساقاته ولا قبضه ماورث ، أووهب له أواشتراه سلما أوقبل العمى أودينه .

نعم يصح أن يشترى نفسه أو يؤجرها ، لأنه لا يجهلها ، أوأن يشترى مارآه قبل العمى ولم يتغير

ويحرم صيده برمى أو كلب فى الأصح .

ولا يجزىء عتقه فى الكفارة .

ويكره ذبحه وكونه مؤذنا راتبا وحده ، والبصير أولى منه بغسل الميت .

ولا يكون محرما فى المسافرة بقريبته ؛ ذكره العبادى فى الزيادات .

وهل له حضانة ؟ قال ابن الرفعة ، لم أر لأصحابنا فيه شيئا ، غير أن فى كلام الإمام مايؤخذ منه أن العمى مانع فإنه قال : إن حفظ الأم للولد الذى لا يستقل ليس مما يقبل (القرائن) فإن المولود فى حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظا من مراقب لايسهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك .

ومقتضى هذا أن العمى يمنع ، فإن الملاحظة معه كما وصف لاتتأتى .

قال الأذرعى فى القوت ورأيت فى فتاوى ابن البرزى أنه سئل عن حضانة العمياء فقال لم أر فيها مسطورا ، والذى أراه أنه يختلف باختلاف أحوالها ، فإن كانت ناهضة بحفظ الصغير وتدبيره والنهوض بمصلحته ، وأن تقيه من الأسواء والمضار فلها الحضانة وإلا فلا .

وأفتى قاضى قضاة حماة ، بأن العمى ليس بقادح فى الحضانة بشرط أن يكون الحاضن قائما بمصالح المحضون ، إما بنفسه أو بمن يستعين به .

وفى فتاوى عبد الملك بن إبراهيم المقدسى الهمدانى شارح المفتاح من أقران ابن الصباغ أنه لاحضانة لها.

قال الأذرعى ولعله أشبه .

وقد قلت قديما :

يخالف الأعمى غيره ، فى مسائل ... فدونكها نظما ، وأفرغ لها فكرا
إمامته العظمى ، قضاء ، شهادة ... وعقد ، وقبض منه ، أبطلهما طرا
سوى السلم التوكيل ، لا إنكاح عتقه ... ولا يتحرى قط فى القبلة الغرا

وكره أذانٍ وحده ، وذكاته ... وأولى اصطياد منه ، أو رميه حظرا
ولا جمعة ، أو حج ، إذ ليس قائد ... ولا عتقه يجزى ، لفرض خلا النذرا
وليس له فى نجله من حضانة ... وفى غسل ميت غيره منه قل أحرى
ولا دية فى عينه ، بل حكومة ... ولا يكف فى الأسفار مع مرأة خدرا
فهذا الذى استثنى وقد زاد بعضهم ... أمورا على رأى ضعيف فطب ذكرا

وبقى مسائل فيها خلاف ، والراجح أنه كالبصير .

منها : الإمامة فى الصلاة فيها أوجه ، قيل البصير أولى لأنه أشد تحفظا من النجاسات وقيل الأعمى لأنه أخشع والأصح أنهما سواء .

ومنها : هل يجوز اعتماد صوت المؤذن العارف فى الغيم والصحو ، فيه أوجه أصحها الجواز للبصير والأعمى ، وثالثها يجوز للأعمى دون البصير ، ورابعها يجوز للأعمى مطلقا وللبصير فى الصحو دون الغيم ، لأن فرض البصير الاجتهاد والمؤذن فى الغيم مجتهد فلا يقلده من فرضه الاجتهاد ، وصححه الرافعى .

ومنها : فى صحة السلم منه وجهان ، الأصح نعم . والثانى : إن عمى قبل تمييزه لم يصح .

ومنها : فى إجزاء عتقه ، فى النذر القولان المشهوران . أصحهما الإجزاء .

ومنها: هل يجوز أن يكون وصيا ؟ وجهان . الأصح نعم ، لأنه من أهل التصرف فى الجملة، وما لا يصح منه يوكل فيه .

ومنها : فى كونه وليا فى النكاح وجهان . الأصح بلى .

ومنها : فى قتله إذا كان حربيا قولان . الأظهر يقتل ، والثانى : يرق بنفس الأسر، كالنساء.

ومنها : فى ضرب الجزية عليه طريقان . المذهب الضرب .

ومنها : فى كونه مترجما للقاضى وجهان . أصحهما الجواز ، لأن الحاكم يرى المترجم عنه ، والأعمى يحكى كلاما يسمعه .

ومنها : فى قبول روايته ما تحمله بعد العمى وجهان . أصحهما القبول . إذا كان ذلك بخط موثوق به ، واختار الإمام ، والغزالى المنع .

ومنها : فى قبول شهادته بالاستفاضة وجهان . الأصح نعم ، إذا كان المشهود به وله وعليه معروفين . لا يحتاج واحد منهم إلى إشارة .

ومنها : هل يكافئ البصير ؟ وجهان . الأصح نعم .

ومنها : هل يصح أن يكاتب عبده ؟ وجهان . الأصح نعم ، تغليبا لجانب العتق . أما قبول الكتابة من سيده ، فيصح جزما .

وأما مسائل اجتهاده

فلاخلاف أنه يجتهد فى أوقات الصلاة ، لأن مدركها الأوراد والأذكار ، وشبهها وهو يشارك البصير فى ذلك .

ولاخلاف : أنه لايجتهد فى القبلة ، لأن غالب أدلتها بصرية .

وفى الأوانى قولان : أظهرها ، يجتهد ؛ لأنه يمكنه الوقوف على الأمارات ، باللمس والشم ، واعوجاج الإناء ، واضطراب العطاء ، وغير ذلك . والثانى : لا ، لأن للنظر أثرا فى حصول الظن بالمجتهد فيه ، لكنه فى الوقت مخير بين الاجتهاد والتقليد ، وفى الأوانى لايجوز له التقليد .

والفرق : أن الاجتهاد فى الأوقات ، إنما يتأتى بأعمال مستغرقة للوقت ، وفى ذلك مشقة ظاهرة ، بخلافه فى الأوانى .

فإن تحير فى الأوانى : قلد ، ولا يقلد البصير إن تحير ، بل يتيمم .

وأما اجتهاده فى الثياب ،ففيه القولان ، فى الأوانى . كما ذكره فى الكفاية .

وأما أوقات الصوم والفطر . فقال العلائى . لم أظفر بها منقولة ، فيحتمل أن يكون كأوقات الصلاة .

ويمكن الفرق بينهما ، بما فى مراعاة طلوع الفجر ، وغروب الشمس دائما من المشقة فالظاهر : جواز التقليد ، فإن لم يجد من يقلده : خمن وأخذ بالأحوط .

قلت : هذا كلام غير منتهض ، لأنه يشعر بأنه ليس له التقليد فى أوقات الصلاة ، والمنقول خلافه ، فإذن أوقات الصلاة والصوم سواء ، فى جواز الاجتهاد والتقليد . وهو مقتضى عموم كلام الأصحاب ، والله أعلم .

ومن مسائل الأعمى

أنه يجوز له وطء زوجته ، اعتمادا على صوتها .

وفى جفنه : الدية ، ويقطع به جفن البصير .

القول فى أحكام الكافر

اختلف هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة ؟ على مذاهب أصحها : نعم .

قال فى البرهان : وهو ظاهر مذهب الشافعى . فعلى هذا يكون مكلفا بفعل الواجب وترك الحرام ، وبالاعتقاد فى المندوب ، والمكروه ، والمباح .

والثانى : لا ، واختاره أبو إسحاق الإسفراييني .

والثالث : مكلفون بالنواهى ، دون الأوامر.

والرابع : مكلفون ، بما عدا الجهاد . أما الجهاد : فلا ، لامتناع قتالهم أنفسهم .

والخامس : المرتد مكلف ، دون الكافر الأصلى .

وقال النووى فى شرح المهذب : اتفق أصحابنا على أن الكافر الأصلى ، لاتجب عليه الصلاة، والزكاة ، والصوم ، والحج ، وغيرها من فروع الإسلام ، والصحيح فى كتب الأصول أنه مخاطب بالفروع ، كما هو مخاطب بأصل الإيمان .

وليس مخالفا لما تقدم ، لأن المراد هنا غير المراد هناك ، فالمراد هناك ، أنهم لا يطالبون بها فى الدنيا ، مع كفرهم . وإذا أسلم أحدهم لم يلزمه قضاء الماضى ولم يتعرضوا لعقوبة الآخرة .

ومرادهم فى كتب الأصول : أنهم يعذبون عليها فى الآخرة ؛ زيادة على عذاب الكفر ، فيعذبون عليها ، وعلى الكفر جميعا ، لا على الكفر وحده .

ولم يتعرضوا للمطالبة فى الدنيا ، فذكروا فى الأصول حكم طرف . وفى الفروع حكم الطرف الآخر .

قال : وإذا فعل الكافر الأصلى قربة ، يشترط النية لصحتها ، كالصدقة ، والضيافة والإعتاق، والقرض ، وصلة الرحم ، وأشباه ذلك فإن مات على كفره ، فلا ثواب له عليها فى الآخرة ، لكن يطعم بها فى الدنيا ، ويوسع فى رزقه ، وعيشه . فإذا أسلم ، فالصواب المختار ، أنه يثاب عليها فى الآخرة . للحديث ، الصحيح . أن رسول الله ﷺ قال « إذا أسلم العبد ، فحسن إسلامه كتب الله له كل حسنة كان أزلفها » أى قدمها .

وفى الصحيحين عن حكيم بن حزام . قال قلت «يارسول الله : أرأيت أمورا كنت أتحنث بها فى الجاهلية : من صدقة ، أو عتاقة ، أو صلة رحم ، أفيها أجر ؟ فقال : أسلمت على ما أسلفت من خير » .

فهذان حديثان صحيحان لا يمنعهما عقل ، ولم يرد الشرع بخلافهما . فوجب العمل بهما . وقد نقل الإجماع على ما ذكرته من إثبات ثوابه إذا أسلم .

وأما قول أصحابنا ، وغيرهم : لا تصح من كافر عبادة ، ولو أسلم لم يعتد بها . فمرادهم لا يعتد بها فى أحكام الدنيا ، وليس فيه تعرض لثواب الآخرة .

فإن أطلق مطلق أنه لا يثاب عليها فى الآخرة . وصرح بذلك ؛ فهو مجازف غالط ،

مخالف للسنة الصحيحة التي لا معارض لها .

وقد قال الشافعي ، والأصحاب ، وغيرهم من العلماء : إذا لزم الكافر كفارة ظهار أو قتل ، أو غيرهما ، فكفر في حال كفره أجزأه ، وإذا أسلم لا تلزمه إعادتها انتهى كلام شرح المهذب .

قاعدة

تجرى على الذمى أحكام المسلمين

إلا ما يستثنى من ذلك .

لا يؤمر بالعبادات ولا تصح منه ولا يمنع من المكث في المسجد جنبا بخلافه حائضا . وليس له دخوله بلا إذن ويعزر إن فعله ولا يؤذن له لنوم أو أكل ، بل لسماع قرآن أو علم ؛ ولا يصح نذره .

وللإمام استئجاره على الجهاد .

ولا يحد لشرب الخمر ولا تراق عليه ، بل ترد إذا غصبت منه إلا أن يظهر شربها أو بيعها .

ولا يمنع من لبس الحرير والذهب ولا من تعظيم المسلم بحنى الظهر عند الرافعي .

وينكح الأمة بلا شرط .

ولا تلزمه إجابة من دعاه لوليمة .

ولو تناكحوا فاسدا أو تبايعوا فاسدا أو تقابضوا وأسلموا لم يتعرض لهم .

والأمة الكتابية لا تحل لمسلم ولو كان عبدا في المشهور .

ومما يجرى عليه في أحكام المسلمين :

وجوب كفارة القتل والظهار واليمين والصيد في الحرم وحد الزنا والسرقة .

ضابط : الإسلام ، يجب ما قبله في حقوق الله ، دون ما تعلق به حق آدمى ، كالقصاص وضمان المال .

ويستثنى من الأول صور :

منها : أجنب ثم أسلم ، لا يسقط الغسل خلافا للإصطخرى .

ومنها : لو جاوز الميقات مريدا للنسك ، ثم أسلم وأحرم دونه وجب الدم خلافا للمزنى .

ومنها : أسلم وعليه كفارة يمين أو ظهار أو قتل ؛ لم يسقط في الأصح .

ولو زنا ثم أسلم ، فمن نص الشافعي أن حد الزنا يسقط عنه بالإسلام .

فرع : اختص اليهود والنصارى بالإقرار بالجزية ، وحل المناكحة والذبائح ؛ ودياتهم ثلث دية المسلمين .

ويشاركهم المجوس فى الأول فقط ، ودياتهم ثلثا عشر دية المسلمين .

ومن له أمان من وثنى ونحوه ، له الأخير فقط .

فرع : لاتوارث بين المسلم والكافر ، وكذا العقل وولاية النكاح .

ويرث اليهودى النصرانى ، وعكسه إلا الحربى والذمى وعكسه .

وينبنى على ذلك ، العقل وولاية النكاح .

القول فى أحكام الجان

قل من تعرض لها من أصحابنا .

وقد ألف فيها من الحنفية القاضى بدر الدين الشبلى كتابه « آكام المرجان فى أحكام الجان » .

قال السبكى فى فتاويه(١) :

وقال ابن عبد البر : الجن عند الجماعة مكلفون مخاطبون .

وقال القاضى عبد الجبار : لانعلم خلافا بين أهل النظر فى ذلك ، والقرآن ناطق بذلك فى فى آيات كثيرة .

وهذه فروع .

الأول : هل يجوز للإنسى نكاح الجنية قال العماد بن يونس فى شرح الوجيز نعم .

وفى المسائل التى سأل الشيخ جمال الدين الإسنوى عنها قاضى القضاة شرف الدين البارزى إذا أراد أن يتزوج بامرأة من الجن ــ عند فرض إمكانه ــ فهل يجوز ذلك أو يمتنع فإن الله تعالى قال (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) فامتن البارى تعالى بأن جعل ذلك من جنس ما يؤلف .

فإن جوزنا ذلك ــ وهو المذكور فى شرح الوجيز لابن يونس ــ فهل يجبرها على ملازمة المسكن أولا ؟ وهل له منعها من التشكل فى غير صور الآدميين عند القدرة عليه ، لأنه قد تحصل النفرة أولا ، وهل يعتمد عليها فيما يتعلق بشروط صحة النكاح من أمر وليها وخلوها عن الموانع أولا ، وهل يجوز قبول ذلك من قاضيهم أولا ، وهل إذا رآها فى صورة غير التى ألفها

---

(١) بياض بالأصل .

وادعت أنها هي ، فهل يعتمد عليها ويجوز له وطؤها أولا ، وهل يكلف الإتيان بما يألفونه من قوتهم ، كالعظم وغيره إذا أمكن الاقتيات بغيره أولا .

فأجاب : لايجوز له أن يتزوج بامرأة من الجن ، لمفهوم الآيتين الكريمتين ، قوله تعالى في سورة النحل (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا) وقوله في سورة الروم (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) .

قال المفسرون في معنى الآيتين (جعل لكم من أنفسكم) أى من جنسكم ونوعكم وعلى خلقكم ، كما قال تعالى (لقد جاءكم رسول من أنفسكم) أى من الآدميين ، ولأن اللاتى يحل نكاحهن بنات العمومة وبنات الخؤولة ، فدخل في ذلك من هى في نهاية البعد كما هو المفهوم من آية الأحزاب (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) والمحرمات غيرهن ، وهن الأصول والفروع ، وفروع أول الأصول وأول الفروع من باقى الأصول ، كما في آية التحريم في النساء ، فهذا كله في النسب ، وليس بين الآدميين والجن نسب .

هذا جواب البارزى .

فإن قلت : ماعندك من ذلك .

قلت : الذى أعتقده التحريم ، لوجوه .

منها : ماتقدم من الآيتين .

ومنها : ماروى حرب الكرمانى في مسائله عن أحمد وإسحاق . قال : حدثنا محمد بن يحيى القطيعى حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن يونس بن يزيد عن الزهرى قال « نهى رسول الله ﷺ عن نكاح الجن » .

والحديث وإن كان مرسلا فقد اعتضد بأقوال العلماء .

فروى المنع منه عن الحسن البصرى ، وقتادة ، والحكم بن عيينة . وإسحاق بن راهويه ، وعقبة الأصم .

وقال الجمال السجستانى من الحنفية ، في كتاب «منية المفتى عن الفتاوى السراجية» لايجوز المناكحة بين الإنس والجن ، وإنسان الماء لاختلاف الجنس .

ومنها : أن النكاح شرع للألفة ، والسكون ، والاستئناس ، والمودة ، وذلك مفقود في الجن ، بل الموجود فيهم ضد ذلك ، وهو العداوة التى لاتزول .

ومنها : أنه لم يرد الإذن من الشرع فى ذلك ، فإن الله تعالى قال (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والنساء اسم لإناث بنى آدم خاصة ، فبقى ماعداهن على التحريم . لأن الأصل فى الأبضاع الحرمة حتى يرد دليل على الحل .

ومنها : أنه قد منع من نكاح الحر للأمة ، لما يحصل للولد من الضرر بالإرقاق ، ولاشك أن الضرر بكونه من جنية وفيه شائبة من الجن خلقا وخلقا ، وله بهم اتصال ومخالطة أشد من ضرر الإرقاق الذى هو مرجو الزوال بكثير . فإذا منع من نكاح الأمة مع الاتحاد فى الجنس للاختلاف فى النوع ، فلأن يمنع من نكاح ماليس من الجنس من باب أولى .

وهذا تخريج قوى ؛ لم أر من تنبه له .

ويقويه أيضا أنه نهى عن إنزاء الحمر على الخيل ، وعلة ذلك اختلاف الجنس وكون المتولد منها يخرج عن جنس الخيل . فيلزم منه قلتها ، وفى حديث النهى « إنما يفعل ذلك الذين لا يعلمون » فالمنع من ذلك فيما نحن فيه أولى . وإذا تقرر المنع ، فالمنع من نكاح الجنى الإنسية أولى وأحرى .

لكن روى أبو عثمان سعيد بن العباس الرازى ، فى كتاب الإلهام والوسوسة ، فقال : حدثنا مقاتل ، حدثنى سعيد بن داود الزبيدى . قال : كتب قوم من أهل اليمن إلى مالك يسألونه عن نكاح الجن ، وقالوا : إن ها هنا رجلا من الجن يخطب إلينا جارية يزعم أنه يريد الحلال ؛ فقال « ما أرى بذلك بأسا فى الدين ولكن أكره إذا وجدت امرأة حامل ، قيل لها من زوجك؟. قالت : من الجن . فيكثر الفساد فى الإسلام بذلك » انتهى .

الفرع الثانى : لو وطىء الجنى الإنسية ، فهل يجب عليها الغسل ؟ لم يذكر ذلك أصحابنا .

وعن بعض الحنفية والحنابلة أنه لاغسل عليها ، لعدم تحقق الإيلاج ، والإنزال ، فهو كالمنام بغير إنزال .

قلت : وهو الجارى على قواعدنا .

الثالث : هل تنعقد الجماعة بالجن .

قال صاحب آكام المرجان نعم . ونقله عن ابن الصيرفى الحنبلى . واستدل بحديث أحمد عن ابن مسعود فى قصة الجن . وفيه « فلما قام رسول الله ﷺ يصلى أدركه شخصان منهم . فقالا : يارسول الله إنا نحب أن تؤمنا فى صلاتنا . قال : فصففنا خلفه ، ثم صلى بنا ، ثم انصرف » .

وروى سفيان الثورى فى تفسيره عن إسماعيل البجلى عن سعيد بن جبير . قال « قالت الجن للنبى ﷺ : كيف لنا بمسجدك أن نشهد الصلاة معك ، ونحن ناءون عنك فنزلت (وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا) .

قلت : ونظير ذلك ما فى الحلبيات للسبكى أن الجماعة تحصل بالملائكة ، كما تحصل بالآدميين.

قال : وبعد أن قلت ذلك بحثا رأيته منقولا .

ففى فتاوى الحناطى من أصحابنا فيمن صلى فى فضاء من الأرض بأذان وإقامة ، وكان منفردا ، ثم حلف أنه صلى بالجماعة . هل يحنث أم لا ؟ .

قال : يكون بارا فى يمينه ، ولا كفارة عليه ، لما روى أن النبى ﷺ قال « من أذن وأقام فى فضاء من الأرض ، وصلى وحده ، صلت الملائكة خلفه صفونا » .

فإذا حلف على هذا المعنى ، لا يحنث اه .

قال السبكى : وينبنى على ذلك أن من ترك الجماعة لعذر ، وقلنا بأنها فرض عين هل نقول: يجب القضاء كمن صلى فاقد الطهورين ، فإن كان كذلك ، فصلاة الملائكة إن قلنا : بأنها كصلاة الآدميين ، وأنها تصير بها جماعة ، فقد يقال : إنها تكفى لسقوط القضاء .

قلت : وعلى هذا يندب نية الجماعة للمصلى ، أو الإمامة .

الرابع : قال فى آكام المرجان: نقل ابن الصيرفى عن شيخه أبى البقاء العكبرى الحنبلى : أنه سئل عن الجنى ، هل تصح الصلاة خلفه فقال : نعم ، لأنهم مكلفون ، والنبى ﷺ مرسل إليهم

الخامس : إذا مر الجنى بين يدى المصلى ، فهل يقطع صلاته ؟ فيه روايتان ، عن أحمد .

قلت : أما مذهبنا فالصلاة لا يقطعها مرور شىء . لكن يقاتل ، كما يقاتل الإنس .

السادس : قال ابن تيمية لا يجوز قتل الجنى بغير حق ، كما لا يجوز قتل الإنسى بغير حق والظلم محرم فى كل حال .

فلا يحل لأحد أن يظلم أحدا ، ولو كان كافرا ، والجن يتصورون فى صور شتى ، فإذا كانت حيات البيوت قد تكون جنيا فيؤذن ثلاثا ، كما فى الحديث . فإن ذهبت فبها ؛ وإلا قتلت ، فإنها إن كانت حية أصلية قتلت ، وإن كانت جنية فقد أصرت على العدوان بظهورها للإنس فى صورة حية تفزعهم بذلك . والعادى هو الصائل الذى يجوز دفعه بما يدفع ضرره . ولو كان قتلا اه .

وقد روى ابن أبي الدنيا « أن عائشة رأت في بيتها حية ، فأمرت بقتلها ، فقتلت . فأتيت في تلك الليلة ، فقيل لها إنها من النفر الذين استمعوا الوحي من النبي ﷺ ، فأرسلت إلى اليمن ، فابتيع لها أربعون رأسا ، فأعتقتهم » .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، نحوه . وفيه « فلما أصبحت أمرت باثنى عشر ألف درهم ، ففرقت على المساكين » .

وكيفية الإيذان ـ كما في الحديث ـ « نسألك بعهد نوح ، وسليمان بن داود أن لا تؤذينا » .

السابع : في رواية الجن للحديث . أورد فيه صاحب آكام المرجان آثارا مما رووه ، فكأنه رأى بذلك قبول روايتهم .

والذي أقول : إن الكلام في مقامين روايتهم عن الإنس ، ورواية الإنس عنهم

فأما الأول : فلا شك في جواز روايتهم عن الإنس ما سمعوه منهم ، أو قرئ عليهم وهم يسمعون ، سواء علم الإنسي بحضورهم أم لا ، وكذا إذا أجاز الشيخ من حضر ، أو سمع ، دخلوا في إجازته ، وإن لم يعلم به ، كما في نظير ذلك من الإنس .

وأما رواية الإنس عنهم . فالظاهر منعها ، لعدم حصول الثقة بعدالتهم .

وقد ورد في الحديث « يوشك أن تخرج شياطين كان أوثقها سليمان بن داود ، فيقولون حدثنا وأخبرنا » .

وأما الآثار التي أوردها صاحب آكام المرجان ، وهي ما أخرجه الحافظ أبو نعيم حدثنا الحسن ابن إسحاق بن إبراهيم . حدثنا أحمد بن عمرو بن جابر الرملي . حدثنا أحمد بن محمد بن طريف . حدثنا محمد بن كثير عن الأعمش ، حدثني وهب بن جابر عن أبي بن كعب قال خرج قوم يريدون مكة ، فأضلوا الطريق ، فلما عاينوا الموت ، أو كادوا أن يموتوا ، لبسوا أكفانهم ، وتضجعوا للموت ، فخرج عليهم جني يتخلل الشجر . وقال أنا بقية النفر الذين استمعوا على محمد ﷺ ، سمعته يقول « المؤمن أخو المؤمن ودليله لا يخذله » هذا الماء ، وهذا الطريق .

وقال ابن أبي الدنيا حدثني أبي . حدثنا عبد العزيز القرشي . أخبرنا إسرائيل عن السدي عن مولى عبد الرحمن بن بشر قال « خرج قوم حجاجا في إمرة عثمان . فأصابهم عطش ، فانتهوا إلى ماء ملح ، فقال بعضهم لو تقدمتم ، فإنا نخاف أن يهلكنا هذا الماء فساروا حتى أمسوا ، فلم يصيبوا ماء . فأدلجوا إلى شجرة سمر ، فخرج عليهم رجل أسود شديد السواد ، جسيم ،

فقال : يامعشر الركب ، إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول « من كان يؤمن بالله واليوم والآخر فليحب للمسلمين مايحب لنفسه ، ويكره للمسلمين ما يكره لنفسه ، فسيروا حتى تنتهوا إلى أكمة، فخذوا عن يسارها ، فإن الماء ثم » .

وقال أيضا : حدثنى محمد بن الحسين . حدثنا يوسف بن الحكم الرقى . حدثنا فياض بن محمد أن عمر بن عبد العزيز بينا هو يسير على بغلة إذا هو بجان ميت على قارعة الطريق فنزل فأمر به، فعدل عن الطريق ، ثم حفر له . فدفنه وواراه ، ثم مضى ، فإذا هو بصوت عال ، يسمعونه ، ولا يرون أحدا ليهنك البشارة من الله يا أمير المؤمنين ، أنا وصاحبى هذا الذى دفنته من الجن الذين قال الله فيهم (وإذ صرفنا إليك نفرا من الجن يستمعون القرآن) فلما أسلمنا قال رسول الله ﷺ لصاحبى هذا « ستموت فى أرض غربة يدفنك فيه يومئذ خير أهل الأرض » .

فالجواب عنها : أن رواتها ممن سمع من النبى ﷺ ، فالظاهر أن لهم حكم الصحابة فى عدم البحث عن عدالتهم .

وقد ذكر حفاظ الحديث ، ممن صنف فى الصحابة ، مؤمنى الجن فيهم

قال الحافظ أبو الفضل العراقى : وقد استشكل ابن الأثير ذكر مؤمنى الجن فى الصحابة دون من رآه من الملائكة ، وهم أولى بالذكر .

قال : وليس كما زعم ، لأن الجن من جملة المكلفين الذين شملتهم الرسالة والبعثة فكان ذكر من عرف اسمه ، ممن رآه حسنا ، بخلاف الملائكة . انتهى .

الثامن : لايجوز الاستنجاء بزاد الجن . وهو العظم ، كما ثبت فى الحديث .

فوائد :الأولى الجمهور على أنه لم يكن من الجن نبى ، وأما قوله تعالى (يامعشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم) فتأولوه على أنهم رسل عن الرسل ، سمعوا كلامهم ، فأنذروا قومهم ، لاعن الله .

وذهب الضحاك ، وابن حزم إلى أنه كان منهم أنبياء . واستدل بحديث « وكان النبى يبعث إلى قومه خاصة » .

قال : وليس الجن من قومه ، ولا شك أنهم قد أنذروا ، فصح أنهم جاءهم أنبياء منهم .

الثانية : لاخلاف فى أن كفار الجن فى النار .

واختلف : هل يدخل مؤمنهم الجنة ، ويثابون على الطاعة ؟ على أقوال ، أحسنها نعم ، وينسب للجمهور .

ومن أدلته: قوله تعالى (ولمن خاف مقام ربه جنتان فبأي آلاء ربكما تكذبان) إلى آخر السورة ، والخطاب للجن والإنس ، فامتن عليهم بجزاء الجنة ووصفها لهم ، وشوقهم إليها ، فدل على أنهم ينالون ما امتن به عليهم إذا آمنوا .

وقيل : لا يدخلونها ، وثوابهم النجاة من النار .

وقيل : يكونون في الأعراف .

الثالثة : ذهب الحارث المحاسبي إلى أن الجن الذين يدخلون الجنة يكونون يوم القيامة نراهم ولا يرونا ، عكس ما كانوا عليه في الدنيا .

الرابعة : صرح ابن عبد السلام ، بأن الملائكة في الجنة لا يرون الله تعالى .

قال : لأن الله تعالى (لا تدركه الأبصار) وقد استثنى منه مؤمنو البشر . فبقي على عمومه في الملائكة .

قال في آكام المرجان : ومقتضى هذا أن الجن لا يرونه ، لأن الآية باقية على العموم فيهم أيضا .

القول في أحكام المحارم

قال الأصحاب : المحرم من حرم نكاحها على التأبيد ، بنسب أو بسبب مباح ، لحرمتها فخرج بالأول ولد العمومة ، والخؤولة .

وبقولنا « على التأبيد » أخت الزوجة وعمتها ، وخالتها .

وبقولنا « بسبب مباح » أم الموطوءة بشبهة ، وبنتها ، فإنها محرمة النكاح ، وليست محرما ، إذ وطء الشبهة لا يوصف بالإباحة .

وبقولنا « لحرمتها » الملاعنة ، فإنها حرمت تغليظا عليه .

والأحكام التي للمحرم مطلقا ، سواء كان من نسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة : تحريم النكاح وجواز النظر ، والخلوة ، والمسافرة ، وعدم نقض الوضوء .

أما تحريم النكاح فلا يشاركه فيه على التأبيد إلا الملاعنة ، وسائر المحرمات ، فليست على التأبيد .

فأخت الزوجة ، وعمتها ، وخالتها : تحل بمفارقتها .

والأمة : تحل إذا عتقت ، أو أعسر .

والمجوسية : تحل إذا أسلمت .

والمطلقة ثلاثا : تحل إذا نكحت زوجا غيره .

وأما جواز النظر . فهل يشاركه فيه العبد ؟ وجهان . صحح الرافعى منهما : الجواز ووافقه النووى فى المنهاج .

وقال فى الروضة من زوائده : فيه نظر .

وصحح فى مجموع له على المهذب : التحريم . وبالغ فيه ، وعبارته : هذه المسألة مما تعم بها البلوى . ويكثر الاحتياج إليها . والخلاف فيها مشهور .

والصحيح عند أكثر أصحابنا : أنه محرم لها ، كما نص عليه الشافعى . ونقل عن جماعة تصحيحه .

وقال الشيخ أبو حامد : الصحيح عند أصحابنا أن لا يكون محرما لها . لأن الحرمة إنما تثبت بين الشخصين لم تخلق بينهما شهوة ، كالأخ ، والأخت ، وغيرهما .

وأما العبد ، وسيدته : فشخصان خلقت بينهما الشهوة .

وقال : وأما الآية ، وهى قوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن) ، فقال أهل التفسير فيها : المراد بها : الإماء ، دون العبيد .

وأما الخبر : وهو مارواه أبو داود والبيهقى عن أنس ، « أن النبى ﷺ أتى فاطمة بعبد ، وقد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوب إذاقنعت به رأسها ، لم يبلغ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها . فلما رأى النبى ﷺ ما تلقى قال : إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك ، وغلامك » فيحتمل أن يكون الغلام صغيرا .

قال : وهذا الذى صححه الشيخ أبو حامد : هو الصواب ، بل لا ينبغى أن يجرى فيه خلاف بل يقطع بتحريمه ، وكيف يفتح هذا الباب للنسوة الفاسقات ؟ مع حسان المماليك ، الذين الغالب من أحوالهم الفسق . بل العدالة فيهم فى غاية القلة ؟ وكيف يستجيز الإنسان الإفتاء بأن هذا المملوك يبيت ويقيل مع سيدته ، مكررا ذلك ، مع ماهما عليه من التقصير فى الدين ؟ وكل منصف يقطع بأن أصول الشريعة تستقبح هذا وتحرمه أشد تحريم.

ثم القول بأنه محرم : ليس له دليل ظاهر . فإن الصواب فى الآية أنها فى الإماء ، والخبر محمول على أنه كان صغيرا . انتهى كلام النووى .

وقد اختار التحريم أيضا السبكى فى تكملة شرح المهذب وفى الحلبيات .

وقال : إن تأويل الحديث على أنه كان صغيرا جدا ، لا سيما والغلام فى اللغة إنما يطلق على الصبى . وهى واقعة حال ، ولم يعلم بلوغه ، فلا حجة فيها للجواز . ولم يحصل مع ذلك خلوة ،

ولا معرفة ما حصل النظر إليه ، وإنما فيه نفي البأس عن تلك الحالة التي علمت حقيقتها . ولم تجد فاطمة ما يحصل به كمال الستر الذي قصدته .

وغايته : التعليل باسم الغلام . وهو اسم للصبي ، أو محتمل له ، والاحتمال في وقائع الأحوال يسقط الاستدلال . انتهى .

واختاره أيضا الأذرعي وغيره من المتأخرين ، وأفتيت به مرات . ولا أعتقد سواه .

وأما الخلوة ، والمسافرة ، فالعبد فيهما مبني على النظر إن شاركه المحرم فيه شاركه فيهما ، وإلا فلا . ويشاركه الزوج فيهما لا محالة . بل يزيد في النظر ، ويكتفي في سفر حج الفرض بنسوة ثقات ؛ على ما سيأتي تحريره ، في أحكام السفر .

وأما عدم نقض الوضوء ، فلا يشاركه فيه غيره .

ومن أحكام المحرم

جواز إعارة الأمة ، وإجارتها ، ورهنها عنده ، وإقراضها

ومن اطلع إلى دار غيره ، بها محرم له ، لم يجز رميه .

ويجوز أن يساكن الرجل مطلقته مع محرم له ، أولها ، ولو عاشرها في عدة الرجعية كزوج مع وجود محرم : لم يمنع انقضاء العدة .

ويختص المحرم النسيب بأحكام

منها : تغليظ الدية في قتله خطأ ، فلا تغلظ في المحرم بالرضاع ، والمصاهرة قطعا ، ولا في القريب غير المحرم على الصحيح .

ومنها : يكره قتله في جهاد الكفار . وقتال البغاة ، وللجلاد .

قال ابن النقيب : وأما غير القريب من المحارم ، فلم أر من ذكر المنع من قتله .

ومنها : غسل الميت ، فيقدم في المرأة نساء المحارم على نساء الأجانب .

ويجوز لرجال المحارم التغسيل .

ويختص الأصول والفروع من بين سائر المحارم بأحكام :

الأول : عدم الاجتماع في الملك :

فمن ملك أباه ، أو أمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات . من جهة الأب ، أو الأم ، أو أحد أولاده وأولادهم ، وإن سفلوا . عتق عليه ، سواء ملكه قهرا بالإرث ، أم اختيارا بالشراء أو غيره .

الثانى : جواز بيع المسلم منهم للكافر . لأنه يستعقب العتق ، فلا يبقى فى الملك .

وفى وجه : لا يصح ، لما فيه من ثبوت الملك .

الثالث : وجوب النفقة عند العجز ، والفطرة .

الرابع : لا يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر . لشبهة استحقاق النفقة .

الخامس : لا يعقل أحدهما عن الآخر ، لأن الأصل والفرع بعض الجانى ، فكما لا يحتمل الجانى ، لا يحتمل أبعاضه .

السادس : لا يحكم ، ولا يشهد أحدهما للآخر .

السابع : يدخلون فى الوصية للأقارب .

الثامن : تحريم موطوءة كل منهما ، ومنكوحته على الآخر .

ويختص الأصول فقط بأحكام .

الأول : لا يقتلون بالفرع ، ولا له . سواء الأب ، والأم ، والأجداد والجدات ، وإن علوا من قبل الأب والأم.

وحكى فى الأجداد والجدات قول شاذ ، ولو حكم بالقتل حاكم : نقض حكمه ، بخلاف مالو حكم بقتل الحر بالعبد .

الثانى : لايحدون بقذف الفروع ، ولاله كالقتل .

الثالث : لا تقبل شهادة الفرع عليهم بما يوجب قتلا فى وجه .

الرابع : لا تجوز المسافرة ، إلا بإذنهم . إلا ما يستثنى . وسواء الكافر ، والمسلم ، والحر ، والرقيق .

الخامس . لا يجوز الجهاد إلا بإذنهم . بشرط الإسلام . وقيل ، لا يشترط إذن الجد ، مع وجود الأب . ولا الجدة ، مع وجود الأم ، والأصح خلافه.

السادس : لايجوز التفريق بينهم بالبيع حتى يميز الفرع ، وفى قول حتى يبلغ ، فإن فعل لم يصح البيع ، ومثله الهبة ، والقسمة . وكذا الإقالة ، والرد بالعيب ، كما صححه ابن الرفعة ؛ والسبكى والإسنوى .

وليس فى الروضة ترجيح فى السفر ، كما نقله ابن الرفعة ، والإسنوى عن فتاوى الغزالى . وأقراه . بخلاف العتق ، والوصية .

وإنما يعتبر الأب والجد للأم ، عندفقد الأم ، فلو فرق بينهما ، وهو مع الأم . جاز . وفى الأجداد والجدات للأب : أوجه .

يجوز بين الأجداد ، لا الجدات .

والمجنون ، كالطفل فى ذلك . قاله فى الكفاية .

السابع : إذا دعاه أحد الأبوين ؛ وهو فى الصلاة ؛ فيه أوجه . حكاها فى البحر .

أحدها : تجب الإجابة ؛ ولا تبطل الصلاة .

وثانيها : تجب ، ولكن تبطل ؛ وصححه الرويانى .

وثالثها : لا تجب ، وتبطل

قال السبكى ، فى كتاب بر الوالدين : المختار : القطع بأنه لا يجب إن كانت الصلاة فرضا ، سواء ضاق الوقت أم لا ؛ لأنها تلزم بالشروع ، وإن كانت نفلا : وجبت الإجابة ، إن علم تأذيهما بتركها . . ولكن تبطل .

قال القاضى جلال الدين البلقينى : والظاهر : أن الأصول كلهم فى هذا المعنى كالأبوين .

الثامن : للأبوين منع الولد من الإحرام بحج التطوع .

قال الجلال البلقينى : والظاهر : أنه يتعدى للأجداد والجدات أيضا .

التاسع : لهم تأديب الفرع وتعزيره ، وهذا ، وإن فرضه الشيخان فى الأب ؛ فقد قال الجلال البلقينى : يشبه أن تكون الأم — إذا كان الصبى فى حضانتها — كذلك . فقد صرحوا فى الأمر بالصلاة ، والضرب عليها : بأن الأمهات كالآباء فى ذلك .

قلت : وكذا الأجداد والجدات .

العاشر : لهم الرجوع فيما وهبوه للفروع بشرطه .

والمذهب : أن الأب ، والأم ، والأجداد ، والجدات ؛ فى ذلك سواء .

الحادى عشر : تبعية الفرع لهم فى الإسلام إذا كان صغيرا .

الثانى عشر : لا يحتسبون بدين الولد فى وجه ، جزم به فى الحاوى الصغير .

الثالث عشر : يسن أن يهنأ كل من الأصول بالمولود ، واختص الأصول الذكور بوجوب الإعفاف ، سواء الأب والجد له والجد للأم .

واختص الأب والجد للأب بأحكام

منها : ولاية المال . وقيل : تلى الأم أيضا .

وتولى طرفى العقد فى البيع ونحوه .

وولاية الإجبار فى النكاح : للبنت ، والابن .

والصلاة فى الجنازة ، والعفو عن الصداق ، على القديم .

والإحرام عن الطفل والمجنون . وقيل : يجوز للأم أيضا .

وقطع السلعة ، واليد المتأكلة إذا كان الخطر فى الترك أكثر .

واعلم أن الجد فى كل ذلك معتبر بفقد الأب ، وقيل له الإحرام مع وجوده .

واختص الأب بأن فقده شرط فى اليتم ، ولا أثر لوجود الجد .

واختص الجد للأب بأنه يتولى طرفى العقد فى تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر .

واختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم .

قاعدة : كل موضع كان للأم فيه مدخل ، فالشقيق مقدم فيه قطعا ، كالإرث ، ومهر المثل.

وكل موضع لامدخل لها فيه ، ففى تقديمه خلاف . والأصح أيضا : تقديمه . كصلاة الجنازة. وولاية النكاح .

قاعدة أخرى : لايقدم أخ لأم ، وابنه على الجد إلا فى الوصية ، أو الوقف لأقرب الأقارب.

ولا أخ شقيق ، أو لأب على الجد إلا فى ذلك ، وفى الولاء .

فائدة : قال البلقينى : الجد أبو الأب ينقسم فى تنزيله منزلة الأب ، وعدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام .

منها : ماهو كالأب ، قطعا .

وذلك : فى صلاة الجنازة بولاية النسب ، وولاية المال ، وولاية النكاح بالنسب ، وأنه لا يجوز للأب أن يوصى على الأولاد ، مع وجود أبى أبيه ، كما لايجوز أن يوصى عليهم ، مع وجود أبيه ، وفى الإجبار للبكر الصغيرة ، والحضانة ، والإعفاف ، والإنفاق وعدم التحمل فى العقل ، والعتق بالملك ، وعدم قبول الشهادة له ، والعفو عن الصداق إن قلنا به .

وليس كالأب قطعا فى أنه لا يرد الأم إلى ثلث ما يبقى فى صورة : زوج ، وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا .

وأن الأب يسقط أم نفسه . ولا يسقطها الجد .

وكالأب على الأصح فى أنه يجمع بين الفرض والتعصيب وأنه يجبر البكر البالغة وأن له الرجوع فى هبته له ، وأنه لايقتل بقتله .

وليس كالأب على الأصح فى أنه لا يسقط الإخوة والأخوات لأبوين أولأب ، بل يشاركهم ويقدم أخ المعتق العاصب على جده فى الإرث والتزويج وصلاة الجنازة والوصية لأقرب الأقارب ويدخل فى الوصية للأقارب ولا يحتاج إلى فقده فى الوصية لليتامى ، ولا فى قسم الفىء والغنيمة.

فائدة: قال فى اللباب : يترتب على النسب اثنا عشر حكما :

توريث المال والولاية وتحريم الوصية ، وتحمل الدية وولاية التزويج وولاية غسل الميت والصلاة عليه ، وولاية المال وولاية الحضانة ، وطلب الحد ، وسقوط القصاص وتغليظ الدية .

القول فى أحكام الولد

قال الأصحاب : الولد يتبع أباه فى النسب وأمه فى الرق والحرية ، وأشرفهما دينا وأخسهما نجاسة وأخفهما زكاة وأغلظهما فدية .

ويقال أيضا أحكام الولد أقسام .

أحدها : مايعتبر بالأبوين معا .

وذلك فيه فروع :

منها : حل الأكل ، فلابد فيه من كون أبويه مأكولين .

ومنها : مايجزىء فى الأضحية كذلك .

ومنها : مايجزىء فى جزاء الصيد .

ومنها : الزكاة ، فلاتجب فى المتولد بين النعم والظباء .

ومنها : استحقاق سهم الغنيمة ، فلا يسهم للبغل المتولد بين الفرس والحمار .

ومنها : المناكحة والذبيحة ؛ وفيهماقولان والأظهر الاعتبار بهما . والثانى : الاعتبار بالأب.

الثانى : يعتبر بالأب خاصة .

وذلك : النسب وتوابعه من استحقاق سهم ذوى القربى والكفارة ومهر المثل والولاء فإنه يكون لموالى الأب .

وقدر الجزية : إذا كان لأبيه جزية ، وأمه من قوم لهم جزية أخرى ، فالمعتبر جزية أبيه .

الثالث : مايعتبر بالأم خاصة وذلك الحرية والرق .

ويستثنى من الرق صور :

منها : إذا كانت مملوكة للواطىء أو لابنه فإن الولد ينعقد حرا .

ومنها : أن يطأها حرة ، إما بأن يغتر بحريتها فى تزويجها أو يطأها بشبهة ظانا أنها أمته أو زوجته الحرة ؛ ولو كان الواطىء رقيقا ، وحينئذ فهذا حر تولد بين رقيقين .

ومنها : إذا نكح مسلم حربية ثم غلب المسلمون على ديارهم واسترقت بالأسر بعد ماحملت منه ، فإن ولدها لايتبعها فى الرق لأنه مسلم فى الحكم .

الرابع : مايعتبر بأحدها غير معين .

وذلك فى الدين وضرب الجزية والنجاسة وتحريم الأكل ، والأكثر فى قدر الغرة تغليبا لجانب التغليظ فى الضمان والتحريم ، وفى وجه أن الجنين يعتبر بالأقل ، وفى آخر بالأب .

وأما فى الدية فقال المتولى : إنه كالمناكحة والذبح ، ومقتضاه اعتبار الأخس وجزم فى الانتصار باعتبار الأغلظ ، كما يجب الجزاء فى المتولد من مأكول وغيره ، ونقله فى الحاوى عن النص .

وقد قلت قديما :

يتبع الابن فى انتساب أباه ولأم فى الرق والحريه
والزكاة الأخف والدين الاعلى والذى اشتد فى جزاء وديه
وأخس الأصلين رجسا وذبحا ونكاحا والأكل والأضحيه

مايتعدى حكمه إلى الولد الحادث ، وما لايتعدى

فيه فروع :

الأول : إذا أتت المستولدة بولد من نكاح أو زنا ، تعدى حكمها إليه قطعا فيعتق بموت السيد .

الثانى : نذر أضحية ، فأتت بعد ذلك بولد فحكمه مثلها قطعا .

الثالث : ولد المغصوبة مضمون مثلها قطعا .

الرابع : عين شاة عما فى ذمته بالنذر فأتت بولد ، تبعها فى الأصح كولد المعينة ابتداء .

وفى وجه : لا ، وفى وجه آخر إن ذبحت لزم ذبحه معها ، وإن ماتت فلا .

الخامس : ولد المشتراة قبل القبض للمشترى على الصحيح ، وهو فى يد البائع أمانة .

فلو مات دون الأم ، فلا خيار للمشترى لأن العقد لم يرد عليه .

السادس : ولد الأمة المنذور عتقها إذا حدث بعد النذر ، فيه طريقان الأصح القطع بالتبعية ، والثانى فيه الخلاف فى المدبرة .

السابع : ولد المدبرة من نكاح أو زنا ، فيه قولان : أظهرهما يسرى حكمها إليه حتى لو ماتت قبل السيد أو فرق بينهما حيث يجوز ، أو رجع عنه إن جوزناه ، لم يبطل فيه . أو لم يف الثلث إلا بأحدهما ، أقرع فى الأصح .

والثانى : يوزع العتق عليهما ، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ويرق الأصل .

الثامن : ولد المكاتبة الحادث بعد الكتابة من أجنبى ، فيه القولان ، والأظهر التبعية فيعتق بعتقها مادامت الكتابة باقية ، ثم حق الملك فيه للسيد كولد المستولدة ، وقيل : للأم ، لأنه مكاتب عليها .

التاسع : ولد المعلق عتقها بصفة ، هل يتبعها ؟ فيه القولان ، فى المدبرة .

لكن المنع هنا : أظهر ، وصححه النووى .

والفرق : أن التدبير يشابه الاستيلاد فى العتق بالموت .

العاشر : إذا قال لأمته : أنت حرة بعد موتى بسنة ، فأتت بولد قبل موت السيد ، ففيه القولان فى المدبرة ، أو بعده فطريقان :

أحدهما : القطع بالتبعية ، لأن سبب العتق تأكد .

والثانى : أنه على القولين .

الحادى عشر : ولد الموصى بها ، فيه طريقان أصحهما القطع بعدم التبعية .

الثانى عشر : ولد العارية ، والمأخوذة بالسوم ، فيه وجهان أصحهما ، أنه غير مضمون .

الثالث عشر : ولد الوديعة الحادث فى يد المودع ، فيه وجهان .

أحدهما : أنه وديعة كالأم .

والثانى : أمانة ؛ كالثوب تلقيه الريح ، يجب رده فى الحال حتى لو لم يرده كان ضامنا له .

الرابع عشر : ولد الموقوفة يملكه الموقوف عليه كالدور والثمر ونحوها . سواء البهيمة والجارية على الأصح ، وقيل إنه وقف تبعا لأمه كالأضحية .

الخامس عشر : ولد المرهونة الحادث بعد الرهن ، ليس برهن فى الأظهر فإن انفصل قبل البيع لم يتبعها اتفاقا .

فائدة: قال ابن الوكيل قد يظن أن الولد لا يلحق إلا بستة أشهر وهو خطأ ، فإن الولد يلحق لدون ذلك فيما إذا جنى على حامل ، فألقت جنينا لدون ستة أشهر فإنه يلحق أبويه وتكون

العبرة بهما وكذا لو أجهضته بغير جناية ، كان مؤنة تجهيزه وتكفينه على أبيه.

وإنما يتقيد بالستة الأشهر ، الولد الكامل دون الناقص .

تنبيه : اختلف كلام الأصحاب في مسائل الحمل ، هل يعتبر فيه الانفصال التام أولا .

فاعتبروا الانفصال التام في انقضاء العدة ووقوع الطلاق المعلق بالولادة والإرث ، واستحقاق الوصية ، والدية .

فلو خرج نصفه فضربها ضارب ثم انفصل ميتا ، فالواجب الغرة دون الدية .

فلو كانت الصورة بحالها وصاح ، فحز رجل رقبته ، ففيه القصاص أو الدية على الأصح .

ولا يعتبر في وجوب الغرة أيضا الانفصال التام على الأصح .

القول في أحكام تغييب الحشفة

« يترتب عليها مائة وخمسون حكما »

وجوب الغسل والوضوء ، وتحريم الصلاة والسجود والخطبة ، والطواف وقراءة القرآن ، وحمل المصحف ومسه ، وكتابته على وجه والمكث في المسجد وكراهة الأكل والشرب والنوم والجماع ، حتى يغسل فرجه ويتوضأ ، ووجوب نزع الخف والكفارة وجوبا أو ندبا في أول الحيض بدينار وآخره بنصفه وفساد الصوم ووجوب قضائه ، والتعزير والكفارة ، وعدم انعقاده إذا طلع الفجر حينئذ وقطع التتابع المشروط فيه ، وفي الاعتكاف ، وفساد الاعتكاف ، والحج ، والعمرة ، ووجوب المضي في فاسدهما ، وقضائهما والبدنة فيهما ، والشاة بتكرره أو وقوعه بعد التحلل الأول ، أو بعد فوته ، وحجه بامرأته التي وطئها في الحج والعمرة والنفقة عليها ذهابا وإيابا ، والتفريق بينهما على قول وعدم انعقادهما إذا أحرم حالة الإيلاج ، وقطع خيار البائع والمشترى في المجلس والشرط أوسقوط الرد إذا فعله بعد ظهور العيب أوقبله وكانت بكرا ، وكونه رجوعا عند الفلس أو في هبة الفرع أوالوصية في وجه في الثلاث ، ووجوب مهر المثل للمكرهة حرة أو مرهونة أو مغصوبة أو مشتراة من الغاصب أو شراء فاسدا أو مكاتبة وللموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد أو عدة التخلف أو الرجعة ، ولحوق الولد بالسيد وسقوط الاختيار والولاية ، فلا يتزوج حتى يبلغ ، ويحرم التعريض بالخطبة لمن طلقت بعده . لا بائنا وبيع العبد فيه ، إذا نكح بغير إذن سيده ، أو بإذنه نكاحا فاسدا ، على قول وتحريم الربيبة ،

وتحريم الموطوءة إذا كانت بشبهة أو أمة على آبائه وأبنائه ، وأصولها وفروعها عليه ، وتحريم أمته عليه إذا كان الواطىء أصلا ، وحلها للزوج الأول ولسيدها الذى طلقها ثلاثا قبل الملك وتحريم وطء أختها أو عمتها أو خالتها إذا كانت أمة ، وكونه اختيارا ممن أسلم على أكثر من أربع فى قول ، ومنع اختيار الأمة فيما إذا أسلم على حرة وطئها . وأمة فتأخرت وأسلمت الأمة ومنع نكاح أختها إذا أسلم على مجوسية تخلفت حتى تنقضى العدة وكذا أربع سواها ومنع تنجيز الفرقة فيمن تخلفت عن الإسلام أوأسلمت أو ارتدت أو ارتدا معا أو متعاقباوزوال العنةوإبطاله خيار العتيقة ؛ أو زوجة العيب أوزوج المعيبة حيث فعل مع العلم وزوال العنت، وثبوت المسمى، ووجوب مهر المثل للمفوضة ومنع الفسخ إذا أعسر بالصداق بعده ، ومنع الحبس بعده حتى تقبض الصداق وعدم عفو الولى بعده إن قلناله العفو ، وسقوط المتعة فى قول ووقوع الطلاق المعلق به، وثبوت السنة والبدعة فيه وكونه تعيينا للمبهم طلاقها على وجه ، وثبوت الرجعة والفيئة من الإيلاء ووجوب كفارة اليمين حينئذ ومصير كفارة المظاهر قضاء ، ووجوب كفارة الظهار المؤقت فى المدة واللعان وسقوط حصانة الفاعل والمفعول به بشرطه ، ووجوب العدة بأقسامها ، وكون الأمة به فراشا ، ومنع تزويجها قبل الاستبراء ، وتحريم لبن ثار به ووجوب النفقة والسكنى للمطلقة بعده ، والحد بأنواعه فى الزنا واللواط وقتل البهيمة فى قول ، ووجوب ثمنها عليه حينئذ ووجوب التعزير إن كان فى ميتة ، أو مشتركة أو موصى بمنفعتها أو محرم مملوكة أو بهيمة أو دبر زوجة بعد أن نهاه الحاكم ، وثبوت الإحصان وعدم قطع نكاح الأسيرة بعده على وجه ، وانتقاض عهد الذمى إن فعله بمسلمة بشرطه ، وإبطال الإمامة العظمى على وجه والعزل عن القضاء والولاية والوصية والأمانة ورد الشهادة ، وحصول التسرى به مع النية على وجه ، ووقوع العتق المعلق بالوطء .

قواعد عشرة

الأولى : قال البغوى فى فتاويه حكم الذكر الأشل حكم الصحيح إلا أنه لايثبت النسب ولا الإحصان ولا التحليل ، ولا يوجب مهرا ولا عدة ولا تحريم بالمصاهرة ، ولا يبطل الإحرام .

قال : وهكذا القول فى الذكر المبان .

الثانية : لافرق فى الإيلاج بين أن يكون بخرقة أولا ، إلا فى نقض الوضوء .

الثالثة : ماثبت للحشفة من الأحكام ثابت لمقطوعها إن بقى منه قدرها .

ولا يشترط تعييب الباقى فى الأصح ، وإن لم يبق قدرها لم يتعلق به شىء من الأحكام ، إلا فطر الصائمة فى الأصح .

الرابعة : قال فى الروضة الواطىء فى الدبر كهو فى القبل ، إلا فى سبعة مواضع .

التحصين والتحليل والخروج من الفيئة ومن العنة ، ولا يغير إذن البكر على الصحيح .

وإذا وطئت الكبيرة فى فرجها وقضت وطرها واغتسلت ثم خرج منها المنى ، وجب إعادة الغسل فى الأصح ، وإن كان ذلك فى دبرها لم يعد ولا يحل بحال .

والقبل : يحل فى الزوجة والأمة .

واستدرك عليه صور .

منها : لو وطىء بهيمة فى دبرها لا يقتل إن قلنا تقتل فى القبل .

ومنها : وطىء أمته فى دبرها فأتت بولد ، لا يلحق السيد فى الأصح ، كذا فى الروضة وأصلها فى باب الاستبراء ، وخالفاه فى باب النكاح والطلاق فصححا اللحوق .

ومنها : وطىء زوجته فى دبرها فأتت بولد ، فله نفيه باللعان .

ومنها : وطىء البائع فى زمن الخيار ، فسخ على الصحيح ، لا فى الدبر على الأصح .

ومنها : أن المفعول به يجلد مطلقا وإن كان محصنا .

ومنها : أن الفاعل يصير به جنبا لا محدثا بخلاف فرج المرأة .

ومنها : لا كفارة على المفعول به فى الصوم بلا خلاف ، رجلا كان أو امرأة ، وفى القبل الخلاف المشهور .

ومنها : قال البلقينى تخريجا وطء الأمة فى دبرها عيب يرد به ، ويمنعه من الرد القهرى بالقديم .

ومنها : ــ على رأى ضعيف ــ أن الطلاق فى طهر وطئها فى الدبر لا يكون بدعيا . وأن المفعول به لا تسقط حصانته ولا يوجب العدة ولا المصاهرة ، والأصح فى الأربعة أنه كالقبل .

الخامسة : قال ابن عبدان ، الأحكام الموجبة للوطء فى النكاح الفاسد سبعة .

مهر المثل ولحوق الولد وسقوط الحد ، وتحريم الأصول والفروع وتحريمها عليهم ، وتصير فراشا ، ويملك به اللعان .

وفى ملك اليمين سبعة :

تحريمها على أصوله وفروعه ، وتحريم أصولها وفروعها ، ووجوب الاستبراء وتصير فراشا ، وتحريم ضم أختها إليها .

السادسة : كل حكم تعلق بالوطء لايعتبر فيه الإنزال إلا فى مسألة واحدة وهى .
ما لو حلف لايتسرى ، لايحنث إلا بتحصين الجارية والوطء والإنزال .
السابعة : قال الأصحاب لا يخلو الوطء فى غير ملك اليمين عن مهر ، أو عقوبة ، إلا فى صور :
الأولى . فى الذمية إذا نكحت فى الشرك على التفويض ، وكانوا يرون سقوط المهر عند المسيس .
الثانية : إذا زوج أمته بعبده .
الثالثة : إذا وطىء البائع الجارية المبيعة قبل الإقباض .
الرابعة : السفيه إذا تزوج رشيدة بغير إذن الولى ووطىء .
الخامسة : المريض إذا أعتق أمته وتزوجها ووطىء ومات، وهى ثلث ماله وخيرت فاختارت بقاء النكاح .
السادسة : إذن الراهن للمرتهن فى الوطء ، فوطىء ظانا للحل .
السابعة : وطئت المرتدة والحربية بشبهة .
الثامنة : العبد إذا وطىء سيدته بشبهة .
التاسعة : بحثها الرافعى فيما لو أصدق الحربى امرأته مسلما استرقوه ، وأقبضها . ثم أسلما وانتزع من يدها ، أنه لايجب مهر كما لو أصدقها خمرا وأقبضها ، ثم أسلما .
العاشرة : الموقوف عليه إذا وطىء الموقوفة .

القاعدة الثامنة

قال العلائى : الذى يحرم على الرجل وطء زوجته مع بقاء النكاح ، الحيض والنفاس والصوم الواجب ، والصلاة لضيق وقتها والاعتكاف والإحرام والإيلاء ، والظهار قبل التكفير وعدة وطء الشبهة ؛ وإذا أفضاها حتى تبرأ وعدم احتمالها الوطء لصغر أو مرض أو عبالته ، والطلاق الرجعى والحبس قبل توفية الصداق ، ونوبة غيرها فى القسم .

قلت : ومن غرائب مايلحق بذلك ، ماذكره الشيخ ولى الدين فى نكته أن فى كلام الإمام مايقتضى منع الزوج من وطء زوجته التى وجب عليها القصاص وليس بها حمل ظاهر لئلا يحدث منه حمل يمنع من استيفاء ماوجب عليها .

ويقرب من ذلك : من مات ولد زوجته من غيره يكره له الوطء حتى يعلم هل كانت عند موته حاملا ، ليرث منه أم لا .

فائدة : قال الإمام : الجماع مع دواعيه أقسام .

الأول : مايحرم فيه دون دواعيه . وهو الحيض ، والنفاس ، والمستبرأة ، والمسبية .

الثاني : مايحرم فيه ، ولا يحرم دواعيه ، بشرط أن لايحرك الشهوة ، وهو الصوم .

الثالث : مايحرم فيه ، وفي دواعيه قولان . وهو الاعتكاف .

الرابع : مايحرمان فيه ، كالحج ، والعمرة والمستبرأة ، والرجعية .

القاعدة التاسعة

إذا اختلف الزوجان في الوطء ، فالقول قول نافيه : عملا بأصل العدم ، إلا في مسائل :

الأولى : إذا ادعى العنين الإصابة ، فالقول قوله بيمينه سواء كان قبل المدة ، أو بعدها ، ولو كان خصيا ، ومقطوع بعض الذكر ، على الصحيح .

الثانية : المولى إذا ادعى الوطء يصدق بيمينه ، لاستدامة النكاح .

الثالثة : إذا قالت : طلقتني بعد الدخول فلي المهر ، وأنكر فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة مؤاخذة بقولها ولا نفقة لها ولا سكنى . وله نكاح بنتها وأربع سواها في الحال .

فإذا أتت بولد لزمن محتمل ، ولم يلاعن ، ثبت النسب وقوى به جانبها فيرجع إلى تصديقها بيمينها ويطالب الزوج بالنصف الثاني . فإن لاعن زال المرجح ، وعدنا إلى تصديقه كما كان .

الرابعة : إذا تزوجها بشرط البكارة فقالت زالت بوطئك . فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ . وقوله : بيمينه ، لدفع كمال المهر حكاه الرافعي عن البغوي وأقره .

الخامسة : إذا ادعت المطلقة ثلاثا أن الزوج الثاني أصابها قبلت لتحل للمطلق لا لاستقرار المهر . ذكره الرافعي في التحليل .

السادسة : إذا قال لطاهرة : أنت طالق للسنة ، ثم قال : لم يقع ، لأني جامعتك فيه فأنكرت . قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب قبول قوله ، لبقاء النكاح ، حكاه عنه الرافعي.

وأجاب بمثله القاضي حسين في فتاويه فيما إذا قال إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق ، ثم ادعى الإنفاق . فيقبل ، لعدم الطلاق ، لا لسقوط النفقة .

لكن في فتاوى ابن الصلاح : أن الظاهر الوقوع في هذه المسألة .

السابعة : إذا جرت خلوة بثيب ، فإنها تصدق على قول . ولكن الأظهر خلافه .

الثامنة : وهي على رأى ضعيف أيضا — إذا عتقت تحت عبد ، وقلنا : يثبت الخيار إلى الوطء فادعاه وأنكرت ، فني المصدق وجهان في الشرح ، بلا ترجيح لتعارض الأصلين بقاء النكاح وعدم الوطء .

وقد نظمت الصور الستة التي على المرجح في أبيات . فقلت :

ياطالبا مافيه قولا مثبت وطء	نقبله ونافيه لا يئول مقالا
من أنكروطئا حليلها ، وأتته	بابن ولعانا أبى وقال محالا
أو طلق في الطهر سنة ونفاه	إذ قال: بوطء ومن يعن وآلى
أو زوج بكرا بشرطها فأزيلت	قالت: هو منه وعندزوجى زالا
أو زوجت البنت وادعته بوطء	صارت وإن الزوج قدنفاه حلالا
هذاك جوابى بحسب مبلغ علمى	والله له العلم ذو الجلال تعالى

القاعدة العاشرة

لايقوم الوطء مقام اللفظ ، إلا مسألة واحدة .

وهى : الوطء في زمن الخيار . فإنه فسخ من البائع . وإجازة من المشترى .

وأما وطء الموصى بها ، فإن اتصل به إحبال فرجوع ، وإلا فلا في الأصح ، فإن عزل . فلا ، قطعا .

القول في العقود

قال الدارمى في جامع الجوامع ، ومن خطه نقلت إذا كان المبيع غير الذهب والفضة بواحد منهما . فالنقد ثمن ، وغيره مثمن . ويسمى هذا العقد بيعا .

وإذا كان غير نقد سمى هذا العقد معاوضة ، ومقايضة ، ومناقلة . ومبادلة .

وإن كان نقدا سمى صرفا ، ومصارفة .

وإن كان الثمن مؤخرا ، سمى نسيئة .

وإن كان المثمن مؤخرا سمى سلما ؛ أو سلفا .

وإن كان المبيع منفعة سمى إجارة .

أو رقبة العبد له ، سمى كتابة .

أو بضعا ، سمى صداقا ، أو خلعا انتهى .

قلت : ويزاد عليه : إن كان كل منهما دينا ، سمى حوالة .

أو المبيع دينا ، والثمن عينا ممن هو عليه ، سمى استبدالا .

وإن كان بمثل الثمن الأول لغير البائع الأول سمى تولية .

أو بزيادة ، سمى مرابحة ، أو نقص . سمى محاطة .

أو إدخالا في بعض المبيع ، سمى إشراكا .

أو بمثل الثمن الأول للبائع الأول ، سمى إقالة .

تقسيم ثان

العقود الواقعة بين اثنين ، على أقسام

الأول : لازم من الطرفين قطعا . كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك وصلح المعاوضة ، والحوالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والهبة للأجنبي بعد القبض ، والصداق وعوض الخلع .

الثاني : جائز من الطرفين قطعا ، كالشركة ، والوكالة ، والقراض ، والوصية ، والعارية والوديعة ، والقرض ، والجعالة قبل الفراغ ، والقضاء ، والوصايا ، وسائر الولايات ، غير الإمامة.

الثالث : ما فيه خلاف : والأصح أنه لازم منهما : وهو المسابقة ، والمناضلة ، بناء على أنها كالإجارة ، ومقابله يقول : إنها كالجعالة ، والنكاح لازم من المرأة قطعا ومن الزوج على الأصح . كالبيع . وقيل : جائز منه لقدرته على الطلاق .

الرابع : ماهو جائز ، ويؤول إلى اللزوم ، وهو الهبة ، والرهن قبل القبض ، والوصية قبل الموت .

الخامس : ماهو لازم من الموجب ، جائز من القابل : كالرهن ، والكتابة ، والضمان والكفالة ، وعقد الأمان ، والإمامة العظمى .

السادس : عكسه ، كالهبة للأولاد .

تنبيه: صرح العلائي ، في قواعده ، بأن من الجائز من الجانبين ؛ ولاية القضاء ، والتولية على الأوقاف ، وغير ذلك من جهة الحكام .

هذه عبارته :

فأما القضاء : فواضح ، فلكل من المولى والمولى : العزل .

وأما الولاية على الأيتام ، فظاهر ماذكره : أن الحاكم إذا نصب قيما على يتيم فله عزله وكذا لمن يلى بعده من الحكام . وهو ظاهر ، فإنه نائب الحاكم فى أمر خاص ، وللحاكم عزل نائبه ، وإن لم يفسق .

وقد كنت أجبت بذلك مرة فى أيام شيخنا ، قاضى القضاة ، شيخ الإسلام شرف الدين المناوى فاستفتى ، فأفتى بخلافه ؛ وأنه ليس للحاكم عزله ، ولم يتضح لى ذلك إلى الآن ، وكأنه رأى واقعة الحال تقتضى ذلك ، فإن الحاكم الذى أراد عزل القيم ، إنما كان غرضه أخذ مال اليتيم منه يستعين به فيما غرمه على الولاية لجهة السلطنة .

ولا ينافى هذا مافى الروضة كأصلها ، من أن المذهب الذى قطع به الأصحاب ، أن القوام على الأيتام والأوقاف لا ينعزلون بموت القاضى وانعزاله ، لئلاتتعطل أبواب المصالح وهم كالمتولى من جهة الواقف . لأن هذا فى الانعزال ، بلا عزل .

وأما التولية على الأوقاف ، فقد ذكر الأصحاب أن للواقف (على الصحيح) عزل من ولاه النظر ، أو التدريس ، ونصب غيره .

قال الرافعى : ويشبه أن تكون المسألة مفروضة فى التولية بعد تمام الوقف ، دون ما إذا أوقف بشرط التولية لفلان ، لأن فى فتاوى البغوى أنه لو وقف مدرسة ، ثم قال لعالم فوضت إليك تدريسها ، أو اذهب ودرس فيها ، كان له تبديله بغيره .

ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف ، فوضت تدريسها إلى فلان فهو لازم لايجوز تبديله كما لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز التبديل بالأغنياء .

قال الرافعى وهذا حسن فى صيغة الشرط ، وغير متضح فى قوله : وقفتها ، وفوضت التدريس إليه .

زاد النووى فى الروضة : هذا الذى استحسنه الرافعى : هو الأصح أو الصحيح .

ويتعين أن يكون صورة المسألة . كما ذكروا ، ومن أطلقها ، فكلامه محمول على هذا التأويل.

وفى فتاوى ابن الصلاح : ليس للواقف تبديل من شرط له النظر حال إنشاء الوقف إن رأى المصلحة فى تبديله .

ولو عزل الناظر المعين حال إنشاء الوقف نفسه ، فليس للواقف نصب غيره ، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر فى حال الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظرا انتهى .

واختار السبكى فى هذه الصورة « أعنى إذا عزل الناظر المعين نفسه » أنه لا ينعزل ، وضم إلى ذلك المدرس الذى شرط تدريسه فى الوقف ، أنه لا ينعزل بعزل نفسه . وألف فى ذلك مؤلفا ، فعلى هذا يكون لازما من الجانبين ، فيضم إلى القسم الأول .

وقيل : إن منشأ الخلاف فيه أنه تردد بين أصلين .

أحدهما : الوكالة ، لأنه تفويض ، فينعزل .

والثانى : ولاية النكاح ، لأنه شرط فى الأصل ، فلا ينعزل .

وفى الروضة وأصلها ، عن فتاوى البغوى ، وأقره : أن القيم الذى نصبه الواقف لا يبدل بعد موته ، تنزيلا له منزلة الوصى ، فيكون هذا من القسم الرابع .

وكأن هذا الفرع مستند ما أفتى به شيخنا فيما تقدم ، لكن الفرق واضح ، لأن الحاكم ليس له عزل الأوصياء بلا سبب ، بخلاف القوام لأنهم نوابه .

وفى الروضة قبيل الغنيمة ، عن الماوردى ، وأقره : أنه إذا أراد ولى الأمر إسقاط بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بسبب جاز ، أو بغير سبب ، فلا يجوز .

قال المتأخرون : فيقيد بهذا ما أطلقناه فى الوقف : من جواز عزل الناظر والمدرس فلا يجوز إلا بسبب .

نعم أفتى جمع من المتأخرين : منهم العز الفاروثى ، والصدر بن الوكيل ، والبرهان بن الفركاح ، والبلقينى : بأنه حيث جعلنا للناظر العزل ، لم يلزمه بيان مستنده :

ووافقهم الشيخ شهاب الدين المقدسى ، لكن قيده بما إذا كان الناظر موثوقا بعلمه ودينه.

وقال فى التوشيح : لا حاصل لهذا القيد ، فإنه إن لم يكن كذلك لم يكن ناظرا ، وإن أراد علما ودينا زائدين على ما يحتاج إليه الناظر فلا يصح .

ثم قال : فى أصل الفتيا نظر ، من جهة أن الناظر ليس كالقاضى العام الولاية ، فلم لا يطالب بالمستند .

وقد صرح شريح فى أدب القضاء : بأن متولى الوقف إذا ادعى صرفه على المستحقين وهم معينون وأنكروا ، فالقول قولهم ولهم المطالبة بالحساب .

وقال الشيخ ولى الدين العراقى فى نكته : الحق تقييد المقدسى وله حاصل ، فليس كل

ناظر يقبل قوله فى عزل المستحقين من وظائفهم ، من غير إبداء مستند فى ذلك إذا نازعه المستحق ، فإن عدالته ليست قطعية ، فيجوز أن يقع له الخلل ، وعلمه قد يحتمل أيضا بظن ماليس بقادح قادحا ، بخلاف من تمكن فى العلم والدين وكان فيه قدر زائد على ما يكفى فى مطلق النظار : من تمييز بين مايقدح ومالا يقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

وقد قال البلقينى فى حاشية الروضة ، مع فتواه بما تقدم : إن عزل الناظر للمدرس وغيره تهورا من غير طريق تسوغ : لاينفذ . ويكون قادحا فى نظره .

فيحمل كل من جوابيه على حالة انتهى .

هذا حكم ولايات الوقف .

وأما أصل الوقف ، فإنه ، لازم من الواقف ، ومن الموقوف عليه أيضا ، إذا قبل . حيث شرطنا القبول ، فلو رد بعد القبول . لم يسقط حقه ، ولم يبطل الوقف .

وفى الأشباه والنظائر لابن السبكى : كثيرا مايقع أن شخصا يقر بأنه لا حق له فى هـــذا الوقف ، أو أن زيدا هو المستحق دونه ، ويخرج شرط الواقف مكذبا للمقر ، مقتضيا لاستحقاقه ، فيظن بعض الأغبياء أن المقر يؤاخذ بإقراره . فالصواب أنه لا يؤاخذ ، سواء علم شرط الواقف ، وكذب فى إقراره ، أم لم يعلم . فإن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل بكذبه .

ضابط : ليس لنا فى العقود اللازمة ما يحتاج إلى استقرار للمعقود عليه إلا البيع ، والسلم ، والإجارة والمسابقة ، والصداق ، وعوض الخلع .

تقسيم ثالث

من العقود مالا يفتقر إلى الإيجاب ، والقبول لفظا .

ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا .

ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب لفظا ، ولا يفتقر إلى القبول لفظا . بل يكفى الفعل .

ومنها : مالا يفتقر إليه أصلا . بل شرطه : عدم الرد .

ومنها : مالا يرتد بالرد .

فهذه خمسة أقسام .

فالأول منه : الهدية ، فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظا ، بل يكفى

البعث من المهدى ، والقبض من المهدى إليه ، وفى وجه : يشترطان ، وفى ثالث : لا يشترط فى المأكولات ، ويشترط فى غيرها ، وفى رابع : لا يشترط فى الانتفاع ، ويشترطان فى التصرف.

ومنه : الصدقة . قال الرافعى : وهى كالهدية ، بلا فرق .

ومنه : ما يخلعه السلطان على العادة .

ومنه : ماقلنا بصحة المعاطاة فيه : من البيع ، والهبة ، والإجارة ، والرهن ، ونحوها على ما اختاره فى الروضة ، وشرح المهذب : من الرجوع فيه إلى العرف .

وقيل : يختص بالمحقرات ، كرطل خبز ، ونحوه ، وقيل : بما دون نصاب السرقة .

والثانى : البيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة . والصلح عن الدم . على غير جنس الدية ، والرهن ، والإقالة ، والحوالة ، والشركة . والإجارة ، والمساقاة والهبة ، والنكاح ، والصداق ، وعوض الخلع ، إن بدأ الزوج ، أو الزوجة بصفة معاوضة ، والخطبة . فلو لم يصرح بالإجابة لم تحرم الخطبة عليه ، والكتابة وعقد الإمامة ، والوصاية . وعقد الجزية ، وكذا القرض فى الأصح ، والوصية لمعين ، وكذا الوقف على معين ، فى الأصح . كما ذكره الشيخان فى بابه .

واختار فى الروضة فى السرقة : عدم اشتراطه ، وصححه ابن الصلاح ، والسبكى ، والإسنوى.

وقال فى المهمات : المختار فى الروضة ، ليس فى مقابلة الأكثرين ، بل بمعنى الصحيح الراجح.

وأما ولاية القضاء : فنقل الرافعى عن الماوردى أنه يشترط فيها القبول ، وقال : ينبغى أن تكون كالوكالة .

والثالث : الوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية . والجعالة ، ولو عين العامل والخلع إن بدأ بصيغة تعليق ، كمتى أعطيتنى ألفا فأنت طالق . والأمان ، فإنه يشترط قبوله ، فى الأصح ، ويكفى فيه إشارة مفهمة .

والرابع : الوقف ، على ما اختاره النووى .

والخامس : الضمان ، وكذا الوقف فى وجه ، والإبراء ، والصلح عن دم العمد على الدية ، وإجازة الحديث . صرح البلقينى : بأنه لا يشترط فيها القبول ، والظاهر أيضا : أنها لا ترتد بالرد.

ضابط

اتحاد الموجب ، والقابل ممنوع ، إلا فى صور :

الأولى : الأب والجد فى بيع مال الطفل لنفسه ، وبيع ماله للطفل ، وكذا فى الهبة والرهن.

الثانية : فى تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر ، على الأصح .

الثالثة : إذا زوج عبده الصغير بأمته ، على قول الإجبار .

الرابعة : الإمام الأعظم ، إذا تزوج من لا ولى لها ، على وجه ، يجرى فى القاضى ، وابن العم والمعتق .

الخامسة : إذا وكله ، وأذن له فى البيع من نفسه ، وقدر الثمن ، ونهاه عن الزيادة ، ففى المطلب : ينبغى أن يجوز ، لانتفاء التهمة .

فائدة : الإيجاب والقبول ، هل هما أصلان فى العقد ، أو الإيجاب أصل . والقبول فرع ؟

قال ابن السبكى : رأيت فى كلام ابن عدلان حكاية خلاف فى ذلك ؛ وبنى عليه بعضهم : ما إذا قال المشترى : نعنى . فقال البائع : بعتك . هل ينعقد إن قلنا بالأول صح وإلا فلا ، لأن الفرع لا يتقدم على أصله .

ضابط : ليس لنا عقد يختص بصيغة ، إلا النكاح ، والسلم .

ضابط : كل إيجاب افتقر إلى القبول ، فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد ، إلا فى الوصية.

وكل من ثبت له قبول فات بموته ، إلا الموصى له ، فإنه إذا مات قام وارثه فيه مقامه .

تقسيم رابع

من العقود مالا يشترط فيها القبض ، لا فى صحته ، ولا فى لزومه ، ولا استقراره .

ومنها : ما يشترط فى صحته .

ومنها : ما يشترط فى لزومه .

ومنها : ما يشترط فى استقراره .

فالأول : النكاح ، لا يشترط قبض المنكوحة .

والحوالة : فلو أفلس المحال عليه ، أو جحد ، فلا رجوع للمحتال ، والوكالة ، والوصية.

والجعالة . وكذا الوقف على المشهور ، وقيل : يشترط فى المعين .

والثانى : الصرف ، وبيع الربوى ، ورأس مال السلم ، وأجرة إجارة الذمة .

والثالث : الرهن ، والهبة .

والرابع : البيع ، والسلم ، والإجارة ، والصداق ، والقرض . يشترط القبض فيه للملك لكنه لايفيد اللزوم لأن للمقرض الرجوع ، مادام باقيا بحاله .

ضابط : اتحادالقابض ، والمقبض ممنوع ، لأنه إذا كان قابضا . لنفسه احتاط لها ، وإذا كان مقبضا ، وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة . فلما تخالف الغرضان والطباع لا تنضبط امتنع الجمع ، ولهذا لو وكل الراهن المرتهن فى بيع الرهن لأجل وفاء دينه . لم يجز ، لأجل التهمة ، واستعجال البيع .

ولو قال لمستحق الحنطة من دينه اقبض من زيد مالى عليك لنفسك . ففعل ، لم يصح .

ويستثنى صور :

الأولى : الوالد يتولى طرفى القبض فى البيع ، لأن القبض لايزيد على العقد ، وهو يملك الانفراد به .

الثانية : وفى النكاح إذا أصدق فى ذمته ، أو فى مال ولد ولده لبنت ابنه .

الثالثة : إذا خالعها على طعام فى ذمتها ، بصيغة السلم ، وأذن لها فى صرفه لولده منها فصرفته له ، بلا قبض ، برئت .

الرابعة : مسألة الظفر . إذا ظفر بغير جنس حقه ، أو بجنسه ، وتعذر استيفاؤه من المستحق عليه طوعا ، فأخذه يكون قبضا منه لحق نفسه ، فهو قابض مقبض .

الخامسة : لو أجر دارا ؛ وأذن له فى صرف الأجرة فى العمارة ، جاز .

السادسة : لو وكل الموهوب له الغاصب ، أو المستعير ، أو المستأجر فى قبض ما فى يده من نفسه وقبل صح ، وبرئ الغاصب ، والمستعير إذا مضت مدة يتأتى فيها القبض ، كما نقله الرافعى فى باب الهبة عن الشيخ أبى حامد ، وغيره .

ثم قال : وهذا يخالف الأصل المشهور أن الواحد لا يكون قابضا ومقبضا .

السابعة : نقل الجوزى ، عن الشافعى أن الساعى يأخذ من نفسه لنفسه .

الثامنة : أكل الوصى الفقير مال اليتيم .

قال الشيخ عز الدين إن جعلناه قرضا ، اتحد المقرض ؛ والمقترض ، وإن لم نجعله قرضا ، فقد قبض من نفسه لنفسه .

التاسعة : لو امتنع المشترى من قبض المبيع ، ناب القاضى عنه . فإن فقد ، ففى وجه أن البائع يقبض من نفسه للمشترى ، فيكون قابضا مقبضا . والمشهور خلافه ، وأنه من ضمان البائع ، كما كان .

قال الإمام : ولو صح ذلك الوجه لكان من عليه دين حال ، وأحضره إلى مستحقه وامتنع من قبضه ، يقبض من نفسه ، ويصير فى يده أمانة ، وتبرأ ذمته . ولم يقل بذلك أحد .

العاشرة : لو أعطاه ثوبا ، وقال : بع هذا واستوف حقك من ثمنه ، فهو فى يده أمانة . لا يضمنه لو تلف وهل يصح أن يقبض من نفسه فيه وجهان .

قلت : وسئلت عن رجل أذن لزوجته أن تقترض عليه كل يوم مائة درهم ، تنفقها على نفسها . فهل يصح ذلك فأجبت نعم ،

وبلغنى أن بعض من لا علم عنده ولا تحقيق أنكره ، لأنه يلزم منه اتحاد القابض والمقبض .

ترتيب : يقرب من قاعدة اتحاد القابض والمقبض ما لو قطع من عليه السرقة نفسه أو جلد الزانى نفسه بإذن الإمام ؛ أو قطع من عليه القصاص نفسه بإذن المستحق ، أو وكله فى قتل نفسه ، أو جلده فى القذف .

والأصح : المنع فى صورتى القصاص ، وجلد القذف ، والزنا . والإجزاء فى صورة السرقة لحصول الغرض ، وهو التنكيل بذلك ، بخلاف الجلد . لأنه قد لا يؤلم نفسه ، ويوهم الإيلام . فلا يتحقق حصول المقصود .

وبخلاف صورتى القصاص ، قياسا على مسألة الجلد ، وعلى مسألة قبض المشترى المبيع من نفسه بإذن البائع ، فإنه لا يعتد به .

تقسيم خامس

قال البلقينى : كل عقد كانت المدة ركنا فيه لا يكون إلا مؤقتا . كالإجارة ، والمساقاة والهدنة .

وكل عقد لا يكون كذلك ؛ لا يكون إلا مطلقا . وقد يعرض له التأقيت . حيث لا ينافيه كالقراض يذكر فيه مدة ويمنع من الشراء بعدها فقط . وكالإذن المقيد بالزمان ، فى أبوابه وكالوصاية .

ومما لا يقبل التأقيت : الجزية فى الأصح .

ومما يقبله : الإيلاء ، والظهار ، والنذر ، واليمين ، ونحوها . انتهى .

والحاصل : أن ما لا يقبل التأقيت بحال ، ومتى أقت بطل البيع بأنواعه ، والنكاح والوقف قطعا ، والجزية .

ويقبله ، وهو شرط فى صحته الإجارة ، وكذا المساقاة ، والهدنة على الأصح .

ويقبله ، وليس شرطا فى صحته الوكالة ، والوصاية .

تقسيم سادس

قال الإمام : الوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة الرهن ، والكفيل ، والشهادة .

فمن العقود : مايدخله الثلاثة ، كالبيع ، والسلم ، والقرض .

ومنها : مايدخله الشهادة دونهما ، وهو المساقاة ، جزم به الماوردى ، ونجوم الكتابة .

ومنها : ماتدخله الشهادة ، والكفالة ، دون الرهن ، وهو الجعالة .

ومنها : مايدخله الكفالة ، دونهما ، وهو ضمان الدرك .

ضابط : ليس لنا عقد يجب فيه الإشهاد من غير تقييد الموكل ، إلا النكاح قطعا ، والرجعة على قول ، وعقد الخلافة ، على وجه .

ومما قيل بوجوب الإشهاد فيه ، من غير العقود اللقطة على وجه ، واللقيط على الأصح لخوف إرقاقه .

قواعد : الأولى : قال الأصحاب كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده ، وما لا يقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده .

أما الأول : فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان ، فالفاسد أولى .

وأما الثانى : فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضمانا .

واستثنى من الأول مسائل :

الأولى : إذا قال : قارضتك على أن الربح كله لى ، فالصحيح أنه قراض فاسد . ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح .

الثانية : إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له ، فهى كالقراض .

الثالثة : ساقاه على ودى ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما . فسد ، ولا أجر .

وكذا إذا ساقاه على ودى مغروس وقدر مدة ، لايثمر فيها فى العادة .

الرابعة : إذا فسد عقد الذمة من غير الإمام : لم يصح على الصحيح . ولا جزية فيه على الذمى، على الأصح .

الخامسة : إذا استؤجر المسلم للجهاد ، لم يصح ، ولا شئ .

السادسة : إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه ، وقلنا : لايجوز ، فلا تستحق أجرة المثل فى الأصح .

السابعة : قال الإمام لمسلم إن دللتنى على القلعة الفلانية ، فلك منها جارية ، ولم يعين الجارية، فالصحيح الصحة ، كما لو جرى من كافر ، فإن قلنا : لايصح ، لم يستحق أجرة .

الثامنة : المسابقة إذا صحت ، فالعمل فيها مضمون ، وإذا فسدت لايضمن فى وجه .

التاسعة : النكاح الصحيح يوجب المهر ، بخلاف الفاسد .

ويستثنى من الثانى مسائل :

الأولى : الشركة ، فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما فى مال صاحبه مضمونا عليه .

وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل .

الثانية : إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فتلفت العين فى يد المرتهن، أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كان القرار على الغاصب ، مع أنه لاضمان فى صحيح الرهن والإجارة .

الثالثة : لاضمان فى صحيح الهبة ، وفى المقبوض بالهبة الفاسدة وجه أنه يضمن ، كالبيع الفاسد.

الرابعة : ماصدر من السفيه والصبى مما لايقتضى صحيحه الضمان ، فإنه يكون مضمونا على قابضه منه ، مع فساده .

تنبيه : المراد من القاعدة الأولى : استواء الصحيح والفاسد فى أصل الضمان ، لا فى الضامن ولا فى المقدار ، فإنهما لايستويان .

أما الضامن : فلأن الولى إذا استأجر على عمل للصبى إجارة فاسدة . تكون الأجرة على الولى ، لا فى مال الصبى ، كما صرح به البغوى فى فتاويه ، بخلاف الصحيحة .

وأما المقدار : فلأن صحيح البيع مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة ، أو المثل وصحيح القرض مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل ، أو القيمة . وصحيح المساقاة والقراض ، والإجارة ، والمسابقة ، والجعالة مضمون بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل والوطء فى النكاح الصحيح مضمون بالمسمى ، وفى الفاسد بمهر المثل .

ضابط : كل عقد بمسمى فاسد ، يسقط المسمى ، إلا فى مسألة .

وهى : ما إذا عقد الإمام مع أهل الذمة السكنى بالحجاز على مال فهى إجارة فاسدة فلو سكنوا أو مضت المدة . وجب المسمى ، لتعذر إيجاب عوض المثل ، فإن منفعة دار الإسلام سنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها .

ترتيب : لا يلحق فاسد العبادات بصحيحها ، ولا يمضى فيه ، إلا الحج والعمرة .

القاعدة الثانية

كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده ، فهو باطل

فلذلك لم يصح بيع الحر ، وأم الولد ، ولا نكاح المحرم ، ولا المحرم ، ولا الإجارة على عمل محرم ، وأشباه ذلك .

واختلف فى شرط نفى خيار المجلس فى البيع . فمن أبطل العقد ، أو الشرط نظر إلى أن مقصود العقد إثبات الخيار فيه للتروى . فاشتراط نفيه يخل بمقصوده .

ومن صححه نظر إلى أن لزوم العقد هو المقصود ، والخيار دخيل فيه .

الثالثة

فى وقف العقود

قال الرافعى : أصل وقف العقود ثلاث مسائل .

إحداها : بيع الفضولى ، وفيه قولان أصحهما وهو المنصوص فى الجديد أنه باطل .

والثانى : أنه موقوف ، إن أجازه المالك ، أو المشترى له ، نفذ ، وإلا بطل .

ويجريان فى سائر التصرفات . كتزويج موليته ، وطلاق زوجته ، وعتق عبده ، وهبته ، وإجارة داره ، وغير ذلك .

الثانية : إذا غصب أموالا ، ثم باعها وتصرف فى أثمانها مرة بعد أخرى ، وفيه قولان . أصحهما بطلان الكل .

والثانى . أن للمالك أن يجيزها ، ويأخذ الحاصل منها .

الثالثة : إذا باع مال أبيه ، على ظن أنه حى وأن البائع فضولى. فكان ميتا حالة العقد ، وفيه قولان . أصحهما : صحة البيع لمصادفته ملكه .

والثانى : المنع ، لأنه لم يقصد قطع الملك .

وقد تحرر من إضافتهم قول الوقف إلى هذه المسائل الثلاث : أن الوقف نوعان : وقف تبيين ، ووقف انعقاد .

ففى الثالثة : العقد فى نفسه صحيح ، أو باطل . ونحن لا نعلم ذلك ، ثم تبين فى ثانى الحال .

وفى الأولين : الصحة أو نفوذ الملك ، موقوف على الإجازة ، على القول بذلك ، فتكون الإجازة مع الإيجاب ، والقبول . ثلاثتها : أركان العقد . وهو فى مسألة الغصب أقوى منه فى بيع الفضولى ، لما فيها من عسر تتبع العقود الكثيرة بالنقض .

ثم هنا مراتب أخر . قيل بالوقف فيها أيضا .

منها : تصرف الراهن فى المرهون بما يزيل الملك : كبيع ، وهبة . أو بما يقلل الرغبة كالتزويج بغير إذن المرتهن . والمشهور . بطلان ذلك .

وعلى وقف العقود تكون موقوفة ، إن أجاز المرتهن ، أو فك الرهن . تبين نفوذها وإلا فلا ، وهى به أولى من بيع الفضولى ، لوجود الملك المقتضى لصحة التصرف فى الجملة .

ومنها : تصرف المفلس فى شىء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغرماء . والأصح البطلان .

والثانى : أنه موقوف ، فإن فضل ذلك عن الدين ، بارتفاع سعر أو إبراء ، بان نفوذه من حين التصرف ، وإلا بان بطلانه ؛ هكذا عبر كثيرون .

وظاهره : أن الوقف وقف تبيين ، ومال الرافعى إلى أنه وقف انعقاد .

ومنها : تصرف المريض بالمحاباة فيما زاد على الثلث . وفيه قولان . أحدهما : بطلانه والأصح وقفه ، فإن أجازها الوارث صحت ، وإلا بطلت .

وهذه أولى بالصحة من تصرفات المفلس ، لأن ضيق الثلث أمر مستقبل . والمانع من تصرف المفلس والراهن قائم حالة التصرف .

القاعدة الرابعة

الباطل ، والفاسد عندنا مترادفان

إلا فى الكتابة . والخلع . والعارية . والوكالة . والشركة . والقراض .

وفى العبادات : فى الحج ، فإنه يبطل بالردة ، ويفسد بالجماع ولا يبطل .

قال الإمام فى الخلع : كل ما أوجب البينونة وأثبت المسمى ، فهو الخلع الصحيح . وكل ما أسقط الطلاق بالكلية ، أو أسقط البينونة ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعا ، وأفسد المسمى ، فهو الخلع الفاسد .

وفى الكتابة الصحيحة: ما أوقعت العتق، وأوجبت المسمى. بأن انتظمت بأركانها وشروطها.

والباطلة : مالا توجب عتقا بالكلية ، بأن اختل بعض أركانها .

والفاسدة : ما أوقعت العتق ، وتوجب عوضا فى الجملة ، بأن وجدت أركانها ممن تصح عبارته ووقع الخلل فى العوض ، أو اقترن بها شرط مفسد .

تنبيه : نظير هذه القاعدة : الواجب ، والفرض عندنا مترادفان . إلا فى الحج .

فإن الواجب يجبر بدم . ولا يتوقف التحلل عليه ، والفرض بخلافه .

ضابط : قال الرويانى ، فى الفروق : والتصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب.

إلا فى وجوب الحد عليه ، وانعقاد الولد حرا ، وكونها أم ولد ، على قول .

القاعدة الخامسة

تعاطى العقود الفاسدة حرام

كما يؤخذ من كلام الأصحاب فى عدة مواضع .

قال الإسنوى : وخرج عن ذلك صورة :

وهى : المضطر إذا لم يجد الطعام ، إلا بزيادة على ثمن المثل . فقد قال الأصحاب : ينبغى أن يحتال فى أخذ الطعام من صاحبه ببيع فاسد ، ليكون الواجب عليه القيمة .

كذا نقله الرافعى .

القول فى الفسوخ

قال ابن السبكى : الفسخ : حل ارتباط العقد .

فسوخ البيع

قال فى الروضة : قال أصحابنا: إذا انعقد البيع ، لم يتطرق إليه فسخ ؛ إلا بأحد سبعة أسباب.

خيار المجلس : والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، والإقالة ، والتخالف . وهلاك المبيع قبل القبض .

وزيد عليه أمور :

خيار تلقى الركبان . وتفريق الصفقة ، دواما وابتداء . وفلس المشترى . وما رآه قبل العقد إذا تغير عن وصفه ، وما لم يره ، على قول . والتغرير الفعلى : من التصرية ونحوها وجهل الدكة تحت الصبرة . وجهل الغصب ، مع القدرة على الانتزاع . وطريان العجز مع العلم به . وجهل كون المبيع مستأجرا . والامتناع من الشروط غير العتق . ومن العتق على رأى . وتعذر قبض المبيع لغصب ونحوه وتعذر قبض الثمن ، لغيبة مال المشترى إلى مسافة القصر . وظهور الزيادة فى الثمن فى المرابحة ، وظهور الأحجار المدفونة فى الأرض المبيعة إذا ضر القلع والترك ، أو القلع فقط ، ولم يترك البائع الأحجار ، واختلاط الثمرة ، والمبيع قبل القبض بغيره ، إن لم يسمح البائع ، وتعييب الثمرة بترك البائع السقى والتنازع فى السقى إذا ضر الثمرة ، وضر تركه الشجرة ، وتعذر الفداء ، بعد بيع الجانى والخيار فى الأخير لأجنبى . لا للبائع ، ولا للمشترى

فهذه نحو ثلاثين سببا وكلها يباشرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التخالف .

ففى وجه : إنما يباشره الحاكم ، والأصح لا يتعين ، بل هو أو أحدهما .

وكلها تحتاج إلى فسخ ، ولا ينفسخ شىء منها بنفسه إلا التخالف فى وجه واختلاط المبيع قبل القبض على قول .

وكلها تحتاج إلى لفظ ، إلا الفسخ فى خيار المجلس والشرط ، فيحصل بوطء البائع وإعتاقه. وكذا ببيعه وإجارته وتزويجه ورهنه وهبته فى الأصح ، وإلا الفسخ بالفلس فيحصل بهذه الأمور فى رأى .

السلم : يتطرق إليه: الفسخ بالإقالة وانقطاع المسلم فيه عند الحلول ووجود المسلم إليه فى مكان غير محل التسليم ولنقله مؤنة .

القرض: يتطرق إليه الفسخ بالرجوع قبل التصرف فيه .

الرهن: يتطرق إليه الفسخ بالإقالة وهو معنى قولهم : وينفك بفسخ المرتهن وبتلف المرهون وبتعليق حق الجناية برقبته ، وباختلاط الثمرة المرهونة .

الحوالة: يتطرق إليها الفسخ فيما لو أحال بثمن مبيع ثبت بطلانه ببينة أو بإقرارهما ، والمحتال .

الضمان: يتطرق إليه الفسخ بإبراء الأصيل الضامن .

الشركة ، والوكالة ، والعارية ، والوديعة ، والقراض

كلها تنفسخ بالعزل من المتعاقدين أو أحدهما ، وبجنون كل منهما وإغمائه ، وتزيد الوكالة ببطلانها بالإنكار ، حيث لا غرض فيه .

الهبة: يتطرق إليها الفسخ بالرجوع في هبة الأصل للفرع ؛ ولا يحصل بالإقالة .

الإجارة: يتطرق إليها الفسخ بالإقالة وتلف المستأجر المعين : كموت الدابة ، وانهدام الدار ، وغصبه في أثناء المدة ، واستمر حتى انقضت ، وقيل : بل يثبت الخيار كما لو لم يستمر وموت مؤجر دار أوصى له بها مدة عمره ، أو هي وقف عليه فانتقلت إلى البطن الثاني ، ومضت المدة قبل التسليم ، وشفاء سن وجعة استؤجر لقلعها ويد متآكلة استؤجر لقطعها والعفو عن قصاص استؤجر لاستيفائه ، فيما أطلقه الجمهور .

ويثبت فيها خيار الفسخ بظهور عيب تتفاوت به الأجرة ، قديم أو حادث .

ومنه : انقطاع ماء أرض استؤجرت للزرع والغصب ، والإباق حيث لم يستمر ، وموت المؤجر في الذمة ، حيث لا وفاء في التركة ولا في الوارث ، وهرب الجمال بجماله ، حيث يتعذر الاكتراء عليه .

تنبيه : أجر الولي الطفل مدة لا يبلغ فيها بالسن ، فبلغ باحتلام لم تنفسخ الإجارة على الأصح وعلى هذا لا خيار له على الأصح ، كالصغيرة إذا زوجت فبلغت .

ويجري ذلك فيما لو أجر المجنون فأفاق ، أو العبد ثم أعتقه ، أو استأجر المسلم دارا من حربي في دار الحرب ، ثم غنمها المسلمون أو استأجر حربيا فاسترق .

النكاح

فرقته أنواع

فرقة طلاق وخلع وإيلاء ، وإعسار بمهر وإعسار بنفقة ، وفرقة الحكمين وفرقة عنة وفرقة غرور ، وفرقة عيب وفرقة عتق تحت رقيق وفرقة رضاع ، وفرقة طروء محرمية ، وفرقة سبي أحد الزوجين وفرقة إسلام وفرقة ردة ، وفرقة لعان وفرقة ملك أحد الزوجين الآخر ، وفرقة جهل سبق أحد العقدين وفرقة تبين فسق الشاهدين ، وفرقة موت .

وكلها فسخ إلا الطلاق .

وفرقة الحكمين والخلع على الجديد ، وفرقة الإيلاء على الأصح ، وفي الإعسار وجه أنه طلاق.

وكلها لا تحتاج إلى حضور حاكم حال الفرقة إلا اللعان ، فإنه لا يكون إلا بحضوره ، ولا يقوم المحكم فيه مقام الحاكم ، على الصحيح .

وأما ما لا يحتاج إليه أصلا ، فالطلاق والخلع والعتق .

وما لا يحتاج إلى إنشاء وهو الإسلام والردة وطروء المحرمية ، والسبي والرضاع .

وكلها يقوم الحاكم فيها مقامه ؛ إذا امتنع إلا لاختيار ، وكذا الإيلاء في قول .

ضابط : ليس لنا موضع تملك فيه المرأة فسخ النكاح ، ولا تملك إجازته إلا فيما إذا اعتقت تحت رقيق ، فطلقها رجعيا ، أو ارتد ، فلها الفسخ والتأخير إلى الرجعة والإسلام ، وليس لها الإجازة قبل ذلك .

ترتيب : قال النووي في تهذيبه : العيوب ستة عيب المبيع ، ورقبة الكفارة والغرة والأضحية والهدي والعقيقة والإجارة والنكاح .

وحدودها مختلفة .

ففي المبيع : ما ينقص المالية ، أو الرغبة ، أو العين ، إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه.

وفي الكفارة : ما يضر بالعمل إضرارا بينا .

وفي الأضحية والهدي والعقيقة ما ينقص اللحم .

وفي الإجارة : ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت في قيمة الرقبة ؛ لأن العقد على المنفعة.

وفي النكاح : ما ينفر عن الوطء ويكسر ثورة التوقان .

وفى الغرة : كالمبيع ، انتهى .

وبقى عيب الدية وهى كالمبيع ، وعيب الزكاة ، كذلك على الأصح . وقيل : كالأضحية .

وعيب الصداق إذا تشطر . وهو مافات به غرض صحيح ، سواء كان فى أمثاله عدمه أم لا.

وعيب المرهون ، وهو ما نقص القيمة فقط .

خاتمة : الخيار فى هذه الفسوخ وغيرها ، على أربعة أقسام :

أحدها : ماهو على الفور بلا خلاف ، كخيار العيب إلا فى صورتين .

إحداهما : إذا استأجر أرضا لزراعة ، فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعيب .

قال الماوردى : على التراخى ، وجزم به الرافعى .

والأخرى : كل مقبوض عما فى الذمة من سلم ، أو كتابة إذا وجده معيبا فله الرد ، وهو على التراخى إن قلنا يملكه بالرضا ، وكذا إن قلنا بالقبض على الأوجه . قاله الإمام .

الثانى : ماهو على التراخى بلا خلاف ، كخيار الوالد فى الرجوع .

ومن أبهم الطلاق أو العتق أو أسلم على أكثر من أربع ، أو امرأة المولى وامرأة المعسر بالنفقة ، وأحد الزوجين إذا تشطر الصداق وهو زائد أو ناقص ، والمشترى إذا أبق العبد قبل قبضه ، وولى الدم بين العفو والقصاص .

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه على الفور ، كخيار تلقى الركبان ، والبائع فى الرجوع فيما باعه للمفلس ، والأخذ بالشفعة والفسخ بعيب النكاح ، والخلف فيه وخيار العتق ، والغرور والإعسار بالمهر .

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه على التراخى ، كخيار المسلم إذا انقطع المسلم فيه عند محله ، وخيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب .

الصداق : يتطرق إليه الفسخ بتلفه قبل القبض ، وتعيبه وبالإقالة .

الكتابة : يتطرق الفسخ إلى الصحيحة بعجز المكاتب عن الأداء أو غيبته عند الحلول ، ولو كان ماله حاضرا وامتناعه من الأداء مع القدرة ، وبجنون العبد حيث لامال له ؟ فللسيد الفسخ فى الصور الأربع .

وللعبد أيضا : فى غير الأخيرة ، وبموت المكاتب قبل تمام الأداء ، فتنفسخ من غير فسخ .

وإلى الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه .

ضابط : ليس لنا عقد يرتفع بالإنكار ، إلا الوكالة مع العلم حيث لا غرض ولا إنكار الوصية على ما رجحه فى الشرح والروضة فى بابها .

الفسخ : هل يرفع العقد من أصله ، أو من حينه ؟ .

فيه فروع

الأول : فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط فيه وجهان أصحهما فى شرح المهذب من حينه .

الثانى : الفسخ بخيار العيب ، والتصرية نحوها والأصح أنه من حينه وقيل : من أصله ، وقيل إن كان قبل القبض ، فمن أصله وإلا من حينه .

الثالث : تلف المبيع قبل القبض ، والأصح الانفساخ من حين التلف .

الرابع : الفسخ بالتخالف والأصح من حينه .

الخامس : إذا كان رأس مال السلم فى الذمة ، وعين فى المجلس ثم انفسخ السلم بسبب يقتضيه ورأس المال باق ، فهل يرجع إلى عينه أو بدله ؟ وجهان : الأصح ، الأول .

قال الغزالى : والخلاف يلتفت إلى أن المسلم فيه إذا رد بالعيب هل يكون نقضا للملك فى الحال أو هو مبين لعدم جريان الملك ؟ .

ومقتضى هذا التفريع : أن الأصح هنا ، أنه رفع العقد من أصله .

ويجرى ذلك أيضا فى نجوم الكتابة ، وبدل الخلع إذا وجد به عيبا فرده .

لكن فى الكتابة : يرتد العتق لعدم القبض المعلق عليه .

وفى الخلع : لا يرتد الطلاق ، بل يرجع إلى بدل البضع .

السادس : الفسخ بالفلس ، من حينه قطعا .

السابع : الرجوع فى الهبة ، من حينه قطعا .

الثامن : فسخ النكاح بأحد العيوب ، والأصح أنه من حينه .

التاسع : الإقالة على القول بأنها فسخ ، والأصح أنها من حينه .

العاشر : إذا قلنا ، يصح قبول العبد الهبة بدون إذن السيد ، وللسيد الرد . فهل يكون الرد قطعا للملك من حينه ، أو أصله ؟ وجهان . ذكرهما ابن القاص .

ويظهر أثرها في وجوب الفطرة ، واستبراء الجارية الموهوبة .

الحادي عشر : إذا وهب المريض ما يحتاج إلى الإجازة ، فنقضه الوارث بعد الموت فهل هو رفع من أصله ، أو من حينه ؟ وجهان .

الثاني عشر : إذا كانت الشجرة تحمل حملين في السنة ، فرهن الثمرة الأولى بشرط القطع ، فلم تقطع حتى اختلطت بالحادث ، وعسر التمييز . فإن كان قبل القبض انفسخ الرهن أو بعده ، فقولان ، كالبيع .

فإن قلنا : يبطل . فهل هو من حين الاختلاط ، كتلف المرهون ، أو من أصله ، ويكون حدوث الاختلاط دالا على الجهالة في العقد ، وجهان . حكاهما الماوردي .

فلو كان مشروطاً في بيع ، فللبائع الخيار في فسخه على الثاني دون الأول .

الثالث عشر : فسخ الحوالة ، انقطاع من حينه .

قاعدة

« يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود »

ومن ثم لم يحتج إلى قبول ، وقبلت الفسوخ : التعليقات ، دون العقود . ولم يصح تعليق اختيار من أسلم على أكثر من أربع . لأنه في معنى العقد . ولا فسخه ، لأنه يتضمن اختيار الباقي ، وجاز توكيل الكافر في طلاق المسلمة ، لا في نكاحها .

القول في الصريح ، والكناية ، والتعريض

قال العلماء : الصريح اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره ، عند الإطلاق ، ويقابله : الكناية.

تنبيه : اشتهر أن مأخذ الصراحة ، هل هو ورود الشرع به أو شهرة الاستعمال ؟ خلاف .

وقال السبكي : الذي أقوله أنها مراتب .

إحداها : ما تكرر قرآنا ، وسنة . مع الشياع عند العلماء والعامة ، فهو صريح قطعا كلفظ الطلاق .

الثانية : المتكرر غير الشائع ، كلفظ الفراق والسراح فيه خلاف .

الثالثة : الوارد غير الشائع . كالافتداء ، وفيه خلاف أيضا .

الرابعة : وروده دون ورود الثالثة ، ولكنه شائع على لسان حملة الشرع ، كالخلع .

والمشهور : أنه صريح .

الخامسة : مالم يرد ، ولم يشع عند العلماء ، ولكنه عند العامة . مثل حلال الله على حرام. والأصح أنه كناية .

قاعدة : الصريح : لايحتاج إلى نية ، والكناية لاتلزم إلا بنية .

أما الأول : فيستثنى منه مافى الروضة وأصلها أنه لوقصد المكره إيقاع الطلاق . فوجهان. أحدها : لايقع ، لأن اللفظ ساقط بالإكراه . والنية لاتعمل وحدها . والأصح يقع ، لقصده بلفظه .

وعلى هذا فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه كناية . إن نوى وقع ، وإلا فلا .

وأما الثانى : فاستثنى منه ابن القاص صورة ، وهى ما إذا قيل له طلقت ؟ فقال نعم . فقيل: يلزمه ، وإن لم ينو طلاقا ، وقيل : يحتاج إلى نية .

واعترض بأن مقتضاه الاتفاق على أن « نعم » كناية ، وأن القولين فى احتياجه إلى النية.

والمعروف : أن القولين فى صراحته ، والأصح أنه صريح ، فلم تسلم كناية عن الافتقار إلى النية .

تنبيهات : الأول: قد يشكل على قولهم « الصريح لايحتاج إلى نية » قولهم « يشترط فى وقوع الطلاق قصد حروف الطلاق بمعناه » وليس بمشكل ، فإن المراد فى الكناية قصد إيقاع الطلاق ، وفى الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه ، لا الإيقاع ، ليخرج ما إذا سبق لسانه، وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذى هو قطع العصمة كالحل من وثاق . ويدخل ما إذا قصد المعنى ولم يقصد الإيقاع ؛ كالهازل .

الثانى : من المشكل ، قول المنهاج فى الوقف وقوله « تصدقت » فقط ليس بصريح ، وإن نوى ، الا أن يضيف إلى جهة عامة ، وينوى ، فإن ظاهره أن النية تصيره صريحا ، وهو عجيب، فإنه ليس لنا صريح يحتاج إلى نية .

وعبارة المحرر : ولو نوى لم يحصل الوقف إلا أن يضيف ، وهى حسنة ، فإنه من الكنايات، كما عده فى الحاوى الصغير .

وعبارة الروضة والشرح ، نحو عبارة المحرر .

الثالث : قال الرافعي في الإقرار : اللفظ وإن كان صريحا في التصديق ، فقد ينضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء ، والكذب ، كحركة الرأس الدالة على شدة التعجب والإنكار ، فيشبه أن لا تجعل إقرارا أو يجعل فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة ،

الرابع : ذكر الرافعي في أواخر مسألة « أنت على حرام » فيما لو قال : أنت على كالميتة أو الدم ، وقال : « أردت أنها حرام » أن الشيخ أبا حامد قال : إن جعلناه صريحا وجبت الكفارة ، أو كناية ، فلا لأنه لا يكون للكناية كناية .

قال الرافعي : وتبعه على هذا جماعة . لكن لا يكاد يتحقق هذا التصوير ، لأنه ينوى باللفظ معنى لفظ آخر ، لا صورة اللفظ ، وإذا كان المنوى المعنى ، فلا فرق بين أن يقال نوى التحريم ، أو نوى أنت على حرام .

وقال ابن السبكي : وقد يقال : من نوى باللفظ ، معنى لفظ آخر ، فلابد أن يكون تجوز به عن لفظه ، وإلا فلا تعلق للفظ بالنية ، وتصير النية مجردة مع لفظ غير صالح ، فلا تؤثر ، ومتى تجوز به عنه ، كان هو الكناية عن الكناية ، فهى كالمجاز عن المجاز والمجاز لا يكون له مجاز .

ومن فروع ذلك

لو قال أنا منك بائن ، ونوى الطلاق .

قال بعضهم : لا يقع ، لأنه كناية عن الكناية .

ولو كتب : الطلاق ، فهو كناية فلو كتب كناية من كناياته ، فكما لو كتب الصريح فهذا كناية عن الكناية .

قاعدة : ما كان صريحا في بابه ، ووجد نفاذا في موضوعه ، لا يكون كناية في غيره .

ومن فروع ذلك

الطلاق : لا يكون كناية ظهار ، ولا عكسه .

وقوله : أبحتك كذا بألف ، لا يكون كناية في البيع ، بلا خلاف ، كما في شرح المهذب .

قال : لأنه صريح في الإباحة مجانا ، فلا يكون كناية في غيره .

وخرج عن ذلك صور . ذكرها الزركشي في قواعده .

الأولى : قال لزوجته : أنت على حرام ، ونوى الطلاق . وقع مع أن التحريم صريح فى إيجاب الكفارة .

الثانية : الخلع إذا قلنا : فسخ ، يكون كناية فى الطلاق .

الثالثة : قال السيد لعبده أعتق نفسك ، فكناية تنجيز عتق ، مع أنه صريح فى التفويض.

الرابعة : أتى بلفظ الحوالة وقال : أردت التوكيل قبل عند الأكثرين .

الخامسة : راجع بلفظ التزويج ، أو النكاح . فكناية .

السادسة : قال لعبده وهبتك نفسك . فكناية عتق .

السابعة : قال من ثبت له الفسخ : فسخت نكاحك ، ونوى الطلاق . طلقت فى الأصح .

الثامنة : قال : آجرتك حمارى لتعيرنى فرسك ، فإجارة فاسدة غير مضمونة ، فوقعت الإعارة كناية فى عقد الإجارة .

التاسعة : قال : بعتك نفسك ، فقالت : اشتريت ، فكناية خلع .

قلت : لاتستثنى هذه ، فإن البيع لم يجد نفاذا فى موضوعه .

العاشرة : صرائح الطلاق كناية فى العتق ، وعكسه .

قلت : لاتستثنى الأخرى ، لما ذكرناه .

الحادية عشرة : قال : مالى طالق ، ونوى الصدقة لزمه .

قلت : لاتستثنى أيضا ، لذلك .

فالثلاثة أمثلة لما كان صريحا فى بابه ، ولم يجد نفاذا فى موضوعه ، فإنه يكون كناية فى غيره .

قاعدة : كل ترجمة تنصب على باب من أبواب الشريعة ، فالمشتق منها صريح ، بلا خلاف إلا فى أبواب :

أحدها : التيمم ، لا يكفى « نويت التيمم » فى الأصح .

الثانى : الشركة ، لا يكفى مجرد « اشتركنا » .

الثالث : الخلع ، لا يكون صريحا إلا بذكر المال ، كما سيأتى .

الرابع : الكتابة . لا يكفى « كاتبتك » حتى يقول : « وأنت حر إذا أديت » .

الخامس : الوضوء على وجه .

السادس : التدبير على قول .

قاعدة : قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ينعقد بالكناية مع النية ، كانعقاده بالصريح ، وما لا يستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب ، وقبول : ضربان :

ما يشترط فيه الإشهاد ، كالنكاح ، وبيع الوكيل المشروط فيه .

فهذا لا ينعقد بالكناية ، لأن الشاهد لا يعلم النية .

وما لا يشترط فيه ، وهو نوعان :

ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر ، كالكتابة والخلع ،فينعقد بالكناية مع النية .

وما لا يقبل : كالإجارة ، والبيع ، وغيرها .

وفى انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية ، . وجهان أصحهما : الانعقاد .

سرد صرائح الأبواب ، وكناياتها

اعلم أن الصريح وقع فى الأبواب كلها ، وكذا الكناية . إلا فى الخطبة ، فلم يذكروا فيها كناية ، بل ذكروا التعريض ، ولا فى النكاح ، فلم يذكروها للاتفاق على عدم انعقاده بالكناية .

ووقع الصريح ، والكناية ، والتعريض جميعا فى القذف .

صرائح البيع

ففى الإيجاب : بعتك . ملكتك . وفى « ملكتك » وجه ضعيف : أنه كناية . كأدخلته فى ملكك .

وفرق الأول : بأن أدخلته فى ملكك يحتمل الإدخال الحسى فى شئ مملوك له ، بخلاف « ملكتك » « وشريت » بوزن ضربت . صرح به الرافعى ، والنووى ، فى شرح المهذب .

وفى التولية ، والإشراك : وليتك ، وأشركتك .

وفى بيع أحد النقدين بالآخر . صارفتك .

وفى الصلح : صالحتك .

قال الإسنوى : ومنها عوضتك ، كما اقتضاه كلامهم فى مواضع .

ومنها . التقرير ، والترك بعد الانفساخ ، بأن يقول البائع بعد انفساخ البيع : قررتك

على موجب العقد الأول ، فيقبل صاحبه ، كما اقتضاه كلام الشيخين فى القراض ، ويؤيده صحة الكفالة أيضا بذلك ، فإنه لو تكفل ، فأبرأه المستحق ، ثم وجده ملازما للخصم فقال : اتركه، وأنا على ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلا .

وفى القبول : قبلت ، ابتعت . اشتريت ، تملكت . وفيه الوجه السابق : شريت ، صارفت. توليت . اشتركت . تقررت .

قال الإسنوى : ومنها : بعت ، على ما نقله فى شرح المهذب عن أهل اللغة والفقهاء .

ومنها : « نعم » صرح بها الرافعى فى مسألة المتوسط ، غير أنه لا يلزم منه الجواز فيما إذا قال : بعتك ؟ فقال : نعم ، لأن مدلولها حينئذ — وهى حالة عدم الاستفهام — : تصديق المتكلم فى مدلول كلامه ، فكأنه قال : إنك صادق فى إيجاب البيع ، بخلاف ما إذا كانت فى جواب الاستفهام .

وقد صرح بالبطلان فى وقوعها فى جواب « بعتك » العبادى فى الزيادات ، والإمام ناقلا عن الأئمة .

لكن الرافعى جزم بالصحة فى وقوعها بعد « بعت » ذكره فى النكاح ، وفيه نظر . انتهى كلام الإسنوى

ومن صرائح القبول

فعلت صرح بها الرافعى فى جواب اشتر منى ، والعبادى فى الزيادات ، فى جواب بعتك

ومنها : رضيت . صرح بها الرويانى ، والقاضى حسين .

تنبيه : ظاهر كلامهم أن « قبلت » وحدها من الصرائح : أعنى إذا لم يقل معها البيع ونحوه.

قال فى المهمات : وقد ذكر الرافعى فى النكاح ما يدل على أنها كناية . فقال ، فيما إذا قال : « قبلت » ، ولم يقل « نكاحها » ، ولا تزويجها ما نصه .

وأصح الطرق : أن المسألة على قولين .

أحدهما : الصحة ، لأن القبول ينصرف إلى ما أوجبه ، فكان كالمعتاد لفظا ، وأظهرهما المنع، لأنه لم يوجد التصريح بواحد من لفظى : الإنكاح ، والتزويج ، والنكاح لا ينعقد بالكنايات.

هذا لفظه ، وهو صريح فى أن التقدير الواقع بعد « قبلت » ألحقه هنا بالكنايات ، فيكون أيضا كناية فى البيع .

قال : فإن قيل : بل هو صريح ، لأن التقدير : قبلت البيع ، والمقدر كالملفوظ به .

قلنا : فيكون أيضا صريحا فى النكاح ، لأن التقدير : قبلت النكاح ، فينعقد به ،

قال : فالقول بأنه كناية فى أحد البابين دون الآخر تحكم لا دليل عليه .

قلت : الذى يظهر : أنه صريح فى البابين ، وإنما لم يصح به النكاح ، لأنه لا ينعقد بكل صريح ، للتعبد فيه بلفظ التزويج أو الإنكاح ، وليس فى كلام الرافعى ما يدل على أنه كناية ، وإنما مراده : أن لفظ التزويج أو الإنكاح : مقدر فيه ، ومكنى ، ومضمر . فصار ملحقا بالكنايات باعتبار تقديره .

فالكناية راجعة إلى لفظ النكاح أو التزويج ، والمعتبر وجوده فى صحة العقد باعتبار تقديره ، لا إلى لفظ « قبلت » فتأمل

الكنايات

جعلته لك بكذا ، خذه بكذا ، تسلمه بكذا ، أدخلته فى ملكك ، وكذا سلطتك عليه بكذا، على الأصح ، فى زوائد الروضة .

وفى وجه لا ، كقوله : أبحتك بألف : وكذا باعك الله وبارك الله لك فيه ، فيما نقله فى زوائد الروضة عن فتاوى الغزالى ، وضم إليه أقالك الله ، ورده الله عليك ، فى الإقالة ، وزوجك الله ، فى النكاح .

ونقل الرافعى فى الطلاق ، فى :طلقك الله ، وأعتقك الله ، وقول رب الدين للمدين أبرأك الله وجهين ، بلا ترجيح .

أحدهما : أنه كناية ، وبه قال البوشنجى .

والثانى : أنه صريح ، وهو قول العبادى .

قال فى المهمات : وهذه المسألة ــ أعنى مسألة البيع ، والإقالة ــ مثلها الخيار جزم الرافعى بأن قول المتعاقدين « تخايرنا » صريح فى قطع الخيار .

وكذا « اخترنا إمضاء العقد » : أمضيناه أجزناه ، ألزمناه .

وكذا قول أحدهما لصاحبه : اختر .

القرض

وذكر فى الروضة وأصلها : أن صيغته : أقرضتك . أسلفتك . خذ هــذا بمثله . خذه

واصرفه فى حوائجك . ورد بدله . ملكته على أن ترد بدله .

قال السبكى ، والإسنوى : وظاهر كلامه : أن هذه الألفاظ كلها صرائح .

لكن سبق فى البيع أن « خذه بمثله » كناية ، فينبغى أن يكون هنا كذلك .

ولو اقتصر على قوله : واصرفه فى حوائجك ، ففى كونه قرضا وجهان فى المطلب .

والظاهر المنع ، لاحتماله الهبة .

الوقف

الصحيح الذى قطع به الجمهور : أن وقفت ، وحبست ، وسبلت : صرائح . وقيل : كنايات . وقيل : وقفت ، فقط صريح . وقيل : هو ، وحبست .

والمذهب : أن حرمت هذه البقعة للمساكين وأبدتها كنايتان ، وأن : تصدقت فقط لا صريح ، ولا كناية .

فإن أضافه إلى جهة عامة ، كقوله : على المساكين : فكناية ، وإن ضم إليه أن قال صدقة محرمة أو محبسة ، أو موقوفة ، أو لاتباع ، أو لا توهب ، أو لا تورث ، فصريح .

قال السبكى : جاء فى هذا الباب نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلا ، وهو انقسام الصريح إلى ما هو صريح بنفسه ، وإلى ما هو صريح مع غيره .

ومن الصرائح

جعلت هذا المكان مسجدا لله تعالى ، وكذا جعلته مسجدا فقط فى الأصح . وقوله : وقفته على صلاة المصلين : كناية ، يحتاج إلى قصد جعلها مسجدا .

فرع : وقع السؤال عن رجل ، قال : هذا العبد ، أو الدابة خرج عن ذمتى لله تعالى .

فقلت : يؤاخذ بإقراره فى الخروج عن ملكه . ثم هو فى العبد يحتمل العتق والوقف فإن فسره بأحدهما ، قبل . وإن لم يفسره ، فالحمل على العتق أظهر ، لأنه لا يحتاج إلى تعيين ولاقبول ، والوقف يحتاج إلى تعيين الجهة الموقوف عليها ، وقبول الموقوف عليه إذا كان معينا.

وأما الدابة : فإن كانت من النعم ، احتملت الوقف ، والأضحية ، والهدى . ويرجع إليه ، فإن لم يفسره ، فالحمل على الأضحية أظهر من الوقف ، لما قلناه . ومن الهدى ، لأنه يحتاج إلى نقل . فإن كان قائل ذلك بمكة ، أو محرما . استوى الهدى والأضحية .

ويحتمل أيضا أمرا رابعا ، وهو النذر .

وخامسا : وهو مطلق ذبحها ، والصدقة بها على الفقراء .

وإن كانت من غيرها « وهى مأكولة » احتملت الوقف ، والنذر ، والصدقة، أو غير مأكولة . لم تحتمل إلا الوقف . فإن فسره بوقف باطل ، كعدم تعيين الجهة ، وهو عامى . قبل منه ، وإن قال : قصدت أنها سائبة ، ففى قبول ذلك منه نظر .

قلت ذلك تخريجا .

الخطبة : صريحها : أريد نكاحك إذا انقضت عدتك ، نكحتك .

التعريض : رب راغب فيك ، من يجد مثلك ، أنت جميلة، إذا حللت فآذنينى ، لاتبقين أيما ، لست بمرغوب عنك ؛ إن الله سائق إليك خيرا .

النكاح : صريحه فى الإيجاب : لفظ التزويج ، والإنكاح ، ولا يصح بغيرهما . وفى القبول قبلت نكاحها ، أو تزويجها ، أو تزوجت ، أو نكحت .

ولا يكفى : قبلت فقط ، ولا قد فعلت . ولا نعم ، فى الأصح ، بخلاف البيع .

وحكى ابن هبيرة إجماع الأئمة الأربعة على الصحة فى « رضيت نكاحها » .

قال السبكى : ويجب التوقف فى هذا النقل ، والذى يظهر أنه لا يصح .

الخلع : إن قلنا : إنه طلاق « وهو الأظهر » فلفظ الفسخ كناية فيه .

قال فى أصل الروضة : وأما لفظ الخلع ففيه قولان .

قال فى الأم : كناية ، وفى الإملاء : صريح .

قال الرويانى وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام ، والغزالى ، والبغوى الثانى .

ولفظ المفاداة : كلفظ الخلع فى الأصح ، وقيل : كناية قطعا .

وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ؛ فإن لم يذكره فكناية على الأصح . وقيل : على القولين .

وهل يقتضى الخلع المطلق الجارى بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ أصحهما عند الإمام والغزالى، والرويانى نعم للعرف . والثانى لا ، لعدم الالتزام .

هذه عبارة الروضة .

وعبارة المنهاج : ولفظ الخلع صريح ، وفى قول كناية .

فعلى الأول : فلو جرى بغير ذكر مال وجب مهر المثل فى الأصح .

وهى صريحة فى أن لفظ الخلع صريح . وإن لم يذكر معه المال ، وهوخلاف مافى الروضة.

قال الشيخ ولى الدين فى نكته والحق أنه لامنافاة بينهما ، فإنه ليس فى المنهاج أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مراده أنه جرى بغير ذكر مال ، مع وجود مصحح له ، وهو اقتران النية به ، انتهى .

فالحاصل : أن لفظ الخلع والمفاداة ، صريحان ، مع ذكر المال ، كنايتان إن لم يذكر .

ويصح بجميع كنايات الطلاق ، سواء قلنا إنه طلاق ، أو فسخ فى الأصح .

ومن كناياته : لفظ البيع ، والشراء ؛ نحو بعتك نفسك ، فتقول : اشتريت ، أو قبلت والإقالة ، وبيع الطلاق بالمهر ، من جهته ، وبيع المهر بالطلاق ، من جهتها .

الطلاق

صرائحه :

الطلاق ، وكذا الفراق . والسراح على المشهور .

كطلقتك ، وأنت طالق ، وياطالق ، ونصف طالق ، وكل طلقة ، وأوقعت عليك طلاق وأنت مطلقة ، ويامطلقة ، وفيهما وجه .

وأما أنت مطلقة ، وأنت طلاق ، أوالطلاق ؛ أوطلقة ؛ أوأطلقتك ؛ فالأصح أنها كنايات.

وفى : لك طلقة . ووضعت عليك طلقة، وجهان .

ويجرى ذلك فى الفراق ؛ والسراح أيضا .

والكنايات

أنت خلية ، برية ، بتة ، بتلة ، بائن ، حرام ، حرة . واحدة ، اعتدى ، استبرئى رحمك ، الحق بأهلك ، حبلك على غاربك ، لا أنده سربك، اغربى، اعزبى، يخرجى ، اذهبى ، سافرى ، تجردى ، تقنعى ، تسترى ، الزمى الطريق ، بينى ، ابعدى ، دعينى ، ودعينى ، برئت منك ؛

لا حاجة لى فيك ؛ أنت وشأنك ، لعل الله يسوق إليك خيرا ؛ بارك الله لك ؛ بخلاف بارك اللهفيك ؛ تجرعى، ذوقى، تزودى ، وكذا كلى واشربى ، وانكحى، ولم يبق بينى وبينك شئ ، ولست زوجة لى فى الأصح ، لا أغناك الله وقومى ، واقعدى ، وأحسن الله جزاءك ، زودينى ، على الصحيح .

تنبيه : تقدم أن « نعم » كناية فى قبول النكاح . فلا ينعقد به ، وفى قبول البيع ، فينعقد على الأصح . وينعقد به البيع فى جواب الاستفهام جزما . وكأنه صريح .

وأما فى الطلاق : فلو قيل له : أطلقت زوجتك . أوفارقتها ، أو زوجتك طالق ؟ فقال نعم فإن كان على وجه الاستخبار ، فهو إقرار يؤاخذ به . فإن كان كاذبا لم تطلق فى الباطن ، وإن كان على وجه التماس الإنشاء ، فهل هو صريح ، أو كناية ؟ قولان أظهرهما : الأول ، وقطع به بعضهم .

فرع : الأصح : أن ما اشتهر فى الطلاق ، سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة ، كحلال الله على حرام ، أنت على حرام ، أو الحل على حرام كناية لا يلتحق بالصريح .

فلو قال لزوجته : أنت على حرام ، أو حرمتك . فإن نوى الطلاق وقع رجعيا . أونوى عددا وقع ما نواه . أو نوى الظهار فهو ظهار . وإن نواهما معا فهل يكون طلاقا لقوته ، أو ظهارا ، لأن الأصل بقاء النكاح ، أو يتخير ، ويثبت ما اختاره ؟ أوجه . أصحها : الثالث .

وإن نوى أحدهما قبل الآخر . قال ابن الحداد : إن أراد الظهار ، ثم أراد الطلاق صحا . وإن أراد الطلاق أولا ، فإن كان بائنا ، فلا معنى للظهار بعده . وإن كان رجعيا فالظهار موقوف ، إن راجعها ، فهو صحيح . والرجعة : عود ، وإلا فهو لغو .

وقال الشيخ أبو على : هذا التفصيل فاسد عندى . لأن اللفظ الواحد : إذا لم يجز أن يراد به التصرفات . لم يختلف الحكم بإرادتهما معا . أو متعاقبين .

كذا فى الروضة وأصلها من غير ترجيح .

والراجح مقالة أبى على ، لإطلاقه فى الشرح الصغير ، والمحرر ؛ والمنهاج : التخيير .

وإن نوى تحريم عينها ، أوفرجها ، أووطئها . لم تحرم . وعليه كفارة ؛ ككفارة اليمين فى الحال ، وإن لم يطأ فى الأصح :

وكذا إن أطلق ، ولم ينو شيئا فى الأظهر .

فلفظ « أنت على حرام » صريح فى لزوم الكفارة .

ولو قال هذا اللفظ لأمته ، ونوى العتق : عتقت ، أو الطلاق ، أو الظهار فلغو ، أو تحريم عينها ، لم تحرم ، وعليه الكفارة .

وكذا إن أطلق فى الأظهر .

فإن كانت محرما ، فلا كفارة ، أو معتدة ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو مزوجة ، أو الزوجة معتدة عن شبهة ، أو محرمة ، فوجهان ، لأنها محل الاستباحة فى الجملة .

أو حائضا ، أو نفساء : أو صائمة : وجبت على المذهب ، لأنها عوارض . أو رجعية فلا على المذهب .

ولو قال لعبد ، أو ثوب ونحوه فلغو لا كفارة فيه ، ولا غيرها .

الرجعة

صرائحها :

رجعتك ، وارتجعتك ، وراجعتك وكذا أمسكتك ، ورددتك فى الأصح . وتزوجتك ونكحتك : كنايتان .

وقيل : صريحان . وقيل : لغو .

واخترت رجعتك كناية . وقيل : لغو .

وقيل : إن كل لفظ أدى معنى الصريح فى الرجعة ، صريح . نحو : رفعت تحريمك وأعدت حلك .

والأصح . أن صرائحها منحصرة ، لأن الطلاق صرائحه ، محصورة ، فالرجعة التى تحصل إباحة أولى .

الإيلاء

صريحه :

آليتك . وتغييب ذكر أو حشفة بفرج ، والجماع بذكر ، والافتضاض بذكر للبكر .
وكذا مطلق الجماع ، والوطء ، والإصابة ، والافتضاض للبكر ، من غير ذكره ، على الصحيح .

والكنايات

المباشرة ، والمباضعة ، والملامسة ، والمس ، والإفضاء ، والمباعلة ، والدخول بها ، والمضى إليها والغشيان ، والقربان . والإتيان .

والقديم : أنها كلها صرائح .

واتفق على أن : لأبعدن عنك ، ولايجمع رأسى ورأسك وسادة ، ولايجتمع تحت سقف. ولتطولن غيبتى عنك . ولأسوأنك ولأغيظنك . كنايات فى الجماع ، والمدة معا .

وقوله : ليطولن تركى لجماعك ، أولأسوأنك فى الجماع صريح فيه كناية فى المدة .

الظهـار

صريحه :

أنت على أو معى ، أو عندى ، أو منى ، أو لى : كظهر أمى ، وكذا : أنت كظهر أمى ، بلا صلة ، وقيل : إنه كناية .

وكذا : جملتك ، أو نفسك ، أو ذاتك ، أو جسمك : كظهر أمى ، وكذا كبدن أمى أو جسمها ، أو جملتها أو ذاتها ، وكذا كيدها أو رجلها أو صدرها ، أو بطنها أو فرجها ، أو شعرها على الأظهر .

وكعينها : كناية . إن قصد ظهارا فظهار أو كرامة فلا .

وكذا إن أطلق فى الأصح .

وقوله : كروحها كناية ، وقيل : لغو

وكرأسها : صريح قطع به العراقيون ، وقيل : كناية .

قال فى أصل الروضة : وهو أقرب .

وقوله : كأمى ، أو مثل أمى : كناية ، كعينها .

القـذف

صريحه :

لفظ الزنا . كقوله : زنيت ، أو زنيت ، أو يازان ، أويازانية ، والنيك وإيلاج الحشفة ، أو الذكر ، مع الوصف بتحريم ؛ أو دبر . وسائر الألفاظ المذكورة فى الإيلاج أنها صريحة هنا إذا انضم إليها الوصف بالتحريم . ولطت ، ولاط بك وزنيت فى الجبل وفيه وجه : أنه كناية ، وزنا فرجك ، أو ذكرلا ، أو قبلك ، أو دبرك .

ولامرأة : زنيت فى قبلك . ولرجل : بقبلك ولخنثى : ذكرك وفرجك معا ولوله غيره الذى لم ينف بلعان لست ابن فلان .

والكنايات

يافاجر ، يافاسق ، ياخبيث ، ياخبيثة ، ياسفيه أنت تحبين الخلوة لاتردين يدلامس ولقرشى : يانبطى ، أو لست من قريش .

ولولده : لست ابنى .

وللمنفى باللعان : لست ابن فلان .

ولزوجته : لم أجدك عذراء ، فى الجديد ولأجنبية : قطعا وأنت أزنى الناس أو أزنى من الناس ، أو يا أزنى الناس أو أزنى من فلان على الصحيح فى الكل .

وزنأت فى الجبل . على الصحيح ، وكذا : زنأت فقط ، أو يازانئ بالهمزة فى الأصح ويازانية فى الجبل بالياء على المنوص . زنيت فى قبلك . ولرجل : زنيت فى قبلك . وزنيت يدك أو رجلك أوعينك أو أحد قبلى المشكل ويالوطى . على المعروف فى المذهب .

واختار فى زوائد الروضة . أنه صريح لأن احتمال إرادة أنه على دين لوط لايفهمه العوام أصلاولا يسبق إلى ذهن غيرهم .

ومن الكنايات

ياقواد يامؤاجر ، وفيهما وجه : أنهما صريحان .

ويامأبون : كما فى فتاوى النووى ، ياقحبة وياعلق ، كما فى فتاوى الشاشى وفروع ابن القطان وجزم ابن الصباغ والشيخ عز الدين بأن : ياقحبة صريح .

وأفتى الشيخ عز الدين بأن : يامخنث صريح للعرف .

وفى ابن القطان بأن : يابغى كناية .

والتعريض

يا ابن الحلال ، أما أنا فلست بزان ، وأمى ليست بزانية ، ما أحسن اسمك فى الجيران ما أنا ابن خباز ولا إسكاف .

فلا أثر لذلك وإن نوى به القذف ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوى ، ولا دلالة فى هذا اللفظ ، ولا احتمال وما يفهم منه مستنده : قرائن الأحوال .

وفى وجه : أنه كناية لحصول الفهم والإيذاء .

ضابط : قال الحليمى . كل ماحرم التصريح به لعينه ، فالتعريض به حرام كالكفر والقذف.

وما حل التصريح به أو حرم ، لا لعينه ، بل لعارض ، فالتعريض به جائز ، كخطبة المعتدة .

العتق

صريحه :

التحرير والإعتاق .

نحو : أنت حر أو محرر أو حررتك ، أو عتيق أو معتق أو أعتقتك ، وكذا فك الرقبة في الأصح .

والكنايات

لا ملك لى عليك ، لا سبيل لا سلطان لا يد لا أمر لا خدمة ، أزلت ملكى عنك حرمتك أنت سائبة أنت بتة أنت لله وهبتك نفسى .

وكل صرائح الطلاق وكناياته : كنايات فيه وكذا أنت على كظهر أمى فى الأصح .

فرعان : الأول : لا أثر للخطأ فى التذكير والتأنيث ، فى الطلاق والعتق والقذف .

فلو قال لها : أنت طالق أو أنت حر أو زان أو زنيت ، أو له : أنت حرة أو زانية ، أو زنيت ، فهو صريح .

الثانى : لو قال لعبده أنت ابنى ـ ومثله يجوز أن يكون ابنا له ـ ثبت نسبه وعتق إن كان صغيرا أو بالغا وصدقه ، وإن كذبه عتق أيضا ولا نسب .

فإن لم يمكن كونه ابنه ـ بأن كان أصغر منه ، على حد لا يتصور كونه ابنه ـ لغا قوله ولم يعتق لأنه ذكر محالا .

فإن كان معروف النسب من غيره ، لم يلحقه .

لكن يعتق فى الأصح ، لتضمنه الإقرار بحريته .

وفى نظيره ، فى المرأة لو قال لها : أنت بنتى .

قال الإمام : الحكم فى حصول الفراق وثبوت النسب كما فى العتق .

قال فى الروضة ، من زوائده والمختار أنه لا يقع به فرقة ، إذا لم تكن نية ، لأنه إنما يستعمل فى العادة للملاطفة وحسن المعاشرة .

التدبير

صريحه :

أنت حر بعد موتى ، أعتقتك حررتك بعد موتى ، إذا مت فأنت حر أو عتيق .

والكناية

خليت سبيلك بعد موتى .

ولو قال : دبرتك أوأنت مدبر ، فالنص أنه صريح فيعتق به إذا مات السيد .

ونص فى الكتابة أن قوله : كاتبتك على كذا ، لا يكفى حتى يقول : فإذا أديت فأنت حر ، أو ينويه فقيل : فيهما قولان .

أحدهما : صريحان لاشتهارها فى معناها ، كالبيع والهبة .

والثانى : كنايتان لخلوها عن لفظ الحرية والعتق .

والمذهب : تقرير النصين .

والفرق : أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام ، والكناية لايعرفها العوام .

عقد الأمان

صريحه :

أجرتك ، أنت مجار ، أنت آمن ، أمنتك ، أنت فى أمانى ، لابأس عليك ، لاخوف عليك ، لاتخف لاتفزع .

والكناية

أنت على ماتحب ، كن كيف شئت .

ولاية القضاء

صريحه :

وليتك القضاء ، قلدتك ، استنبتك، استخلفتك ، اقض بين الناس، احكم ببلد كذا .

والكناية

اعتمدت عليك فى القضاء ، رددته إليك ، فوضته إليك ، أسندته .

قال الرافعى : ولا يكاد يتضح فرق بين وليتك القضاء وفوضته إليك .

وقال النووى : الفرق واضح ، فإن وليتك متعين لجعله قاضيا، وفوضت إليك محتمل لأن يراد توكيله فى نصب قاض .

ومن الكنايات ، كما فى أدب القضاء لابن أبى الدم :

عولت عليك ، عهدت إليك ، وكلت إليك .

القول فى الكتابة

فيها مسائل

الأولى : فى الطلاق فإن كتبه الأخرس فأوجه ، أصحها أنه كناية ، فيقع الطلاق إن نوى ، ولم يشر .

والثانى : لابد من الإشارة .

والثالث : صريح .

وأما الناطق : فإن تلفظ بما كتبه ، حال الكتابة أو بعدها طلقت ، وإن لم يتلفظ فإن لم ينو إيقاع الطلاق لم يقع على الصحيح ، وقيل يقع فيكون صريحا .

وإن نوى فأقوال ، أظهرها تطلق والثانى لا ، والثالث إن كانت غائبة عن المجلس طلقت وإلا فلا .

قال فى أصل الروضة : وهذا الخلاف جار فى سائر التصرفات التى لا تحتاج إلى قبول كالإعتاق والإبراء والعفو عن القصاص وغيرها .

وأما ما يحتاج إلى قبول فهو نكاح وغيره ، فغير النكاح كالبيع والهبة والإجارة ففى انعقادها بالكتابة خلاف مرتب على الطلاق وما فى معناه إن لم يصح بها فهنا أولى ، وإلا فوجهان للخلاف فى انعقاد هذه التصرفات بالكنايات ، ولأن القبول شرط فيها فيتأخر عن الإيجاب ، والمذهب الانعقاد .

ثم المكتوب إليه : له أن يقبل بالقول وهو أقوى وله أن يكتب القبول .

وأما النكاح : ففيه خلاف مرتب ، والمذهب منعه بسبب الشهادة فلا اطلاع للشهود على النية .

ولو قالا بعد الكتابة : نوينا ، كان شهادة على إقرارهما ، لا على نفس العقد ، ومن جوز ، اعتمد الحاجة .

وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة ، فذلك فى حال الغيبة .

فأما عند الحضور : فخلاف مرتب ، والأصح الانعقاد .

وحيث جوزنا انعقاد النكاح بها فيكتب زوجتك بنتى ، ويحضر الكتاب عدلان ؟ .

ولا يشترط أن يحضرهما ولا أن يقول : اشهدا ، فإذا بلغه يقبل لفظا أو يكتب القبول ويحضره شاهدا الإيجاب ، ولا يكفى غيرهما فى الأصح .

ولو كتب إليه بالوكالة ، فإن قلنا : لا يحتاج إلى القبول فهو ككتابة الطلاق ، وإلا فكالبيع ونحوه .

وولاية القضاء كالوكالة ، فالمذهب صحتها بالكتابة ، وكذا يقع العزل بالكتابة .

وإن كتب إليه : إذا أتاك كتابي فأنت معزول ، لم ينعزل قبل أن يصل إليه الكتاب قطعا قاضيا كان أو وكيلا ، وكذا في الطلاق .

وإن كتب : أنت معزول أو عزلتك ، فالأظهر العزل في الحال في الوكيل دون القاضي لعظم الضرر في نقض أقضيته .

ولا خلاف في وقوع الطلاق في نظير ذلك ، في الحال .

وإن كتب : إذا قرأت كتابي فأنت معزول أو طالق ، لم يحصل العزل والطلاق بمجرد البلوغ ، بل بالقراءة .

فإن قرئ عليه أو عليها ـ وهما أميان ـ وقع الطلاق والعزل .

وإن كانا قارئين ، فالأصح انعزال القاضي لأن الغرض إعلامه وعدم وقوع الطلاق لعدم قراءتها مع الإمكان ، وقيل : لاينعزل القاضي أيضا . وقيل : يقع الطلاق كالعزل .

والفرق : أن منصب القاضي يقتضي القراءة عليه دون المرأة .

تنبيه : قال ابن الصلاح : ينبغي للمجيز في الرواية كتابة أن يتلفظ بالإجازة أيضا .

فإن اقتصر على الكتابة ولم يتلفظ مع قصد الإجازة صحت ، وإن لم يقصد الإجازة .

قال ابن الصلاح : فغير مستبعد تصحيح ذلك في هذا الباب كما أن القراءة على الشيخ ـ إذا لم يتلفظ بما قرأ عليه ـ جعلت إخبارا منه بذلك .

وقال الحافظ أبو الفضل العراقي الظاهر عدم الصحة .

المسألة الثانية

قال النووي في الأذكار من كتب سلاما في كتاب ، وجب على المكتوب إليه رد السلام إذا بلغه الكتاب ، قاله المتولي وغيره ، وزاد في شرح المهذب أنه يجب الرد على الفور .

الثالثة : هل يجوز الاعتماد على الكتابة والخط .

فيه فروع

الأول : الرواية ، فإذا كتب الشيخ بالحديث إلى حاضر أو غائب أو أمر من كتب .

فإن قرن بذلك إجازة ؛ جاز الاعتماد عليه والرواية قطعا ؛ وإن تجردت عن الإجازة فكذلك على الصحيح المشهور .

ويكفي معرفة خط الكاتب وعدالته ، وقيل لابد من إقامة البينة عليه .

الثاني : أصح الوجهين في الروضة والشرح والمنهاج والمحرر ، جواز رواية الحديث اعتمادا على خط محفوظ عنده ، وإن لم يذكر سماعه .

الثالث : يجوز اعتماد الراوي على سماع جزء وجد اسمه مكتوبا فيه أنه سمعه إذا ظن ذلك بالمعاصرة واللقى ونحوها مما يغلب على الظن وإن لم يتذكر وتوقف فيه القاضي حسين .

الرابع : عمل الناس اليوم على النقل من الكتب ونسبة مافيها إلى مصنفيها .

قال ابن الصلاح : فإن وثق بصحة النسخة فله أن يقول : قال فلان وإلافلا يأتي بصيغة الجزم.

وقال الزركشي في جزء له : حكى الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني ، الإجماع على جواز النقل من الكتب المعتمدة ولا يشترط اتصال السند إلى مصنفيها .

وقال الكيا الطبري في تعليقه : من وجد حديثا في كتاب صحيح جاز له أن يرويه ويحتج به .

وقال قوم من أصحاب الحديث : لايجوز ، لأنه لم يسمعه وهذا غلط .

وقال ابن عبد السلام : أما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها ، فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها والاستناد إليها ، لأن الثقة قد حصلت بها كما تحصل بالرواية، ولذلك اعتمد الناس على الكتب المشهورة في النحو ، واللغة ، والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بها وبعد التدليس .

ومن اعتقد أن الناس قد اتفقوا على الخطأ في ذلك ؛ فهو أولى بالخطأ منهم .

ولولا جواز الاعتماد على ذلك لتعطل كثير من المصالح المتعلقة بها .

وقد رجع الشارع إلى قول الأطباء في صور .

وليست كتبهم مأخوذة في الأصل إلا عن قوم كفار .

ولكن لما بعد التدليس فيها اعتمد عليها ، كما اعتمد في اللغة على أشعار العرب وهم كفار لبعد التدليس ، انتهى .

الخامس : إذا ولى الإمام رجلا كتب له عهدا وأشهد عليه عدلين ، فإن لم يشهد ، فهل يلزم الناس طاعته ويجوز لهم الاعتماد على الكتاب ؟ خلاف .

والمذهب : أنه لا يجوز اعتماد مجرد الكتاب من غير إشهاد ولا استفاضة .

السادس : إذا رأى القاضى ورقة فيها حكمه لرجل ، وطالب عنه إمضاءه والعمل به ولم يتذكره ، لم يعتمده قطعا لإمكان التزوير .

وكذا الشاهد : لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظا عنده وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالمحضر والسجل الذى يحتاط فيه ، فوجهان الصحيح أيضا أنه لا يقضى به ولا يشهد ، مالا يتذكر بخلاف ماتقدم فى الرواية ، لأن بابها على التوسعة .

السابع : إذا رأى بخط أبيه أن لى على فلان كذا أو أديت إلى فلان كذا .

قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتمادا على خط أبيه ، إذا وثق بخطه وأمانته .

قال القفال وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد فى تلك التذكرة لفلان على كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفى العلم به ، بل يؤديه من التركة .

وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم ولأنهما يتعلقان به ، ويمكن التذكر فيهما ، وخط المورث لايتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه ، حتى لو وجد ذلك بخط نفسه لم يجز له الحلف حتى يتذكر .

قاله فى الشامل ، وأقره فى أصل الروضة فى باب القضاء .

الثامن : يجوز الاعتماد على خط المفتى .

التاسع : قال الماوردى والرويانى لو كتب له فى ورقة بلفظ الحوالة ، ووردت على المكتوب إليه ، لزمه أداؤها إذا اعترف بدين الكاتب وأنه خطه وأراد به الحوالة وبدين المكتوب له فإن أنكر شيئا من ذلك لم يلزمه .

ومن أصحابنا : من ألزمه إذا اعترف بالكتاب والدين اعتمادا على العرف ولتعذر الوصول إلى الإرادة .

العاشر : شهادة الشهود على ما كتب فى وصية ، لم يطلعا عليها .

قال الجمهور : لا يكفى . وفى وجه يكفى ، واختاره السبكى .

الحادى عشر : إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها ، أن تحته دفينا وأنه له ، ففى اعتمادها وجهان. أصحهما عند الغزالى نعم . والثانى : لا ، وهو الموافق لكلام الأكثرين .

تنبيه : حكم الكتابة على القرطاس ، والرق ، واللوح ، والأرض ، والنقش على الحجر والخشب واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء .

القول فى الإشارة

الإشارة من الأخرس معتبرة ، وقائمة مقام عبارة الناطق ، فى جميع العقود ، كالبيع والإجارة والهبة ، والرهن والنكاح ، والرجعة ، والظهار .

والحلول : كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ، وغيرها ، كالأقارير ، والدعاوى ، واللعان ، والقذف ، والإسلام .

ويستثنى صور :

الأولى : شهادة لاتقبل بالإشارة فى الأصح .

الثانية : يمينه لاينعقد بها ، إلا اللعان .

الثالثة : إذا خاطب بالإشارة فى الصلاة لاتبطل على الصحيح .

الرابعة : حلف لا يكلمه ، فأشار إليه ، لايحنث .

الخامسة : لا يصح إسلام الأخرس بالإشارة فى قول ، حتى يصلى بعدها . والصحيح صحته. وحمل النص المذكور على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة .

وإذا قلنا باعتبارها . فمنهم من أراد الحكم على إشارته المفهومة ، نوى أم لا ، وعليه البغوى. وقال الإمام ، وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهى التى يفهم منها المقصود كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهى التى تختص بفهم المقصود بها المخصوص بالفطنة ، والذكاء ، كذا حكاه فى أصل الروضة والشرحين ، من غير تصريح بترجيح . وجزم بمقالة الإمام فى المحرر ، والمنهاج .

قال الإمام : ولو بالغ فى الإشارة ، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق ، وأفهم هذه الدعوى فهو كما لو فسر اللفظ الشائع فى الطلاق بغيره ، وسواء فى اعتبارها قدر على الكتابة أم لا كما أطلقه الجمهور ، وصرح به الإمام .

وشرط المتولى عجزه عن كتابة مفهمة . فإن قدر عليها ، فهى المعتبرة ، لأنها أضبط .

وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق ، ونحوه.

وأما القادر على النطق ، فإشارته لغو . إلا في صور .

الأولى : إشارة الشيخ في رواية الحديث ، كنطقه ، وكذا المفتي .

الثانية : أمان الكفار ، ينعقد بالإشارة تغليبا لحقن الدم . كأن يشير مسلم إلى كافر فينحاز إلى صف المسلمين ، وقالا : أردنا بالإشارة الأمان .

الثالثة : إذا سلم عليه في الصلاة ، رد بالإشارة .

الرابعة : قال : أنت طالق ، وأشار بأصبعين ؟ أو ثلاث ، وقصد وقع ما أشار به .

فإن قال : مع ذلك ، هكذا وقع بلانية .

ولو قال : أنت هكذا ؛ ولم يقل « طالق » ففي تعليق القاضي حسين لايقع شيء

وفي فتاوى القفال : إن نوى الطلاق طلقت ، كما أشار .

وإن لم ينو أصل الطلاق لم يقع شيء .

وحكى وجه : أنه يقع ما أشار ، من غير نية ، وما قاله القفال أظهر .

ولو قال : أنت . ولم يزد ، وأشار لم يقع شيء أصلا ، لأنه ليس من ألفاظ الكنايات .

فلو اعتبر : كان اعتبار النية وحدها بلا لفظ .

الخامسة

الإشارة بالطلاق : نية كناية في وجه . لكن الأصح خلافه .

ولو قال لإحدى زوجتيه : أنت طالق وهذه . ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية وجهان .

ولو قال : امرأتي طالق ، وأشار إلى إحداها ، ثم قال أردت الأخرى ، قبل في الأصح.

السادسة

لو أشار المحرم إلى صيد ، فصيد حرم عليه الأكل منه ، لحديث « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها ، أو أشار إليها » ، فلو أكل ، فهل يلزمه الجزاء ؟ قولان ، أظهرها لا.

فرع : من المشكل . مانقله الرافعي عن التهذيب أن ذبيحة الأخرس تحل إن كانت له إشارة مفهمة ، وإلا فقولان ، كالمجنون .

والذي ينبغي القطع بحل ذبيحته ، سواء كانت له إشارة مفهمة أم لا ، إذ لا مدخل لذلك في قطع الحلقوم والمريء .

وقد قال الشافعي في المختصر : ولا بأس بذبيحة الأخرس .

الحادى عشر : إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها ، أن تحته دفينا وأنه له ، فنى اعتمادها وجهان. أصحهما عند الغزالى نعم . والثانى : لا ، وهو الموافق لكلام الأكثرين .

تنبيه : حكم الكتابة على القرطاس ، والرق ، واللوح ، والأرض ، والنقش على الحجر والخشب واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء .

القول فى الإشارة

الإشارة من الأخرس معتبرة ، وقائمة مقام عبارة الناطق ، فى جميع العقود ، كالبيع والإجارة والهبة ، والرهن والنكاح ، والرجعة ، والظهار .

والحلول : كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ، وغيرها ، كالأقارير والدعاوى ، واللعان ، والقذف ، والإسلام .

ويستثنى صور :

الأولى : شهادة لاتقبل بالإشارة فى الأصح .

الثانية : يمينه لاينعقد بها ، إلا اللعان :

الثالثة : إذا خاطب بالإشارة فى الصلاة لاتبطل على الصحيح .

الرابعة : حلف لا يكلمه ، فأشار إليه ، لايحنث .

الخامسة : لا يصح إسلام الأخرس بالإشارة فى قول ، حتى يصلى بعدها . والصحيح صحته. وحمل النص المذكور على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة .

وإذا قلنا باعتبارها . فمنهم من أراد الحكم على إشارته المفهومة ، نوى أم لا ، وعليه البغوى. وقال الإمام ، وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهى التى يفهم منها المقصود كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهى التى تختص بفهم المقصود بها المخصوص بالفطنة ، والذكاء ، كذا حكاه فى أصل الروضة والشرحين ، من غير تصريح بترجيح . وجزم بمقالة الإمام فى المحرر ، والمنهاج .

قال الإمام : ولو بالغ فى الإشارة ، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق ، وأفهم هذه الدعوى فهو كما لو فسر اللفظ الشائع فى الطلاق بغيره ، وسواء فى اعتبارها قدر على الكتابة أم لا كما أطلقه الجمهور ، وصرح به الإمام .

وشرط المتولى عجزه عن كتابة مفهمة . فإن قدر عليها ، فهى المعتبرة ، لأنها أضبط .

وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق ، ونحوه.

وأما القادر على النطق ، فإشارته لغو . إلا في صور .

الأولى : إشارة الشيخ في رواية الحديث ، كنطقه ، وكذا المفتي .

الثانية : أمان الكفار ، ينعقد بالإشارة تغليبا لحقن الدم . كأن يشير مسلم إلى كافر فينحاز إلى صف المسلمين ، وقالا : أردنا بالإشارة الأمان .

الثالثة : إذا سلم عليه في الصلاة ، رد بالإشارة .

الرابعة : قال : أنت طالق ، وأشار بأصبعين ، أو ثلاث ، وقصد وقع ما أشار به .

فإن قال : مع ذلك ، هكذا وقع بلا نية .

ولو قال : أنت هكذا ؛ ولم يقل « طالق » ففي تعليق القاضي حسين لا يقع شيء

وفي فتاوى القفال : إن نوى الطلاق طلقت ، كما أشار .

وإن لم ينو أصل الطلاق لم يقع شيء .

وحكى وجه : أنه يقع ما أشار ، من غير نية ، وما قاله القفال أظهر .

ولو قال : أنت . ولم يزد ، وأشار لم يقع شيء أصلا ، لأنه ليس من ألفاظ الكنايات .

فلو اعتبر : كان اعتبار النية وحدها بلا لفظ .

الخامسة

الإشارة بالطلاق : نية كناية في وجه . لكن الأصح خلافه .

ولو قال لإحدى زوجتيه : أنت طالق وهذه . ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية وجهان .

ولو قال : امرأتي طالق ، وأشار إلى إحداهما ، ثم قال أردت الأخرى ، قبل في الأصح.

السادسة

لو أشار المحرم إلى صيد ، فصيد حرم عليه الأكل منه ، لحديث « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها ، أو أشار إليها » ، فلو أكل ، فهل يلزمه الجزاء ؟ قولان ، أظهرهما لا.

فرع : من المشكل . ما نقله الرافعي عن التهذيب أن ذبيحة الأخرس تحل إن كانت له إشارة مفهمة ، وإلا فقولان ، كالمجنون .

والذي ينبغي القطع بحل ذبيحته ، سواء كانت له إشارة مفهمة أم لا ، إذ لا مدخل لذلك في قطع الحلقوم والمريء .

وقد قال الشافعي في المختصر : ولا بأس بذبيحة الأخرس .

فرع : قال الإسنوى : إشارة الأخرس بالقراءة — وهو جنب — كالنطق ، صرح به القاضى حسين فى فتاويه ، وعموم كلام الرافعى فى الصلاة يدل عليه .

وفى المطلب : ذكروا فى صفة الصلاة : أن الأخرس يجب عليه تحريك لسانه .

قال : فليحرم عليه إذا كان جنبا تحريك اللسان بالقرآن .

فرع : المعتقل لسانه ، واسطة بين الناطق والأخرس .

فلو أوصى فى هذه الحالة بإشارة مفهمة ، أو قرئ كتاب الوصية . فأشار برأسه ، أن نعم صحت .

فرع : اشترط النطق فى الإمام الأعظم ، والقاضى ، والشاهد . وفيهما وجه .

فرع : علق الطلاق بمشيئة أخرس ، فأشار بالمشيئة ، وقع .

فإن كان حال التعليق ناطقا ، فخرس بعد ذلك . ثم أشار بالمشيئة . وقع أيضا فى الأصح إقامة لإشارته مقام النطق المعهود فى حقه .

ولو أشار — وهو ناطق — لم يقع على الأصح .

تنبيه: حيث طلبت الإشارة من الناطق وغيره . لم يقم مقامها شئ ، كالإشارة بالمسبحة فى التشهد ، والإشارة إلى الحجر الأسود . والركن اليمانى عند العجز عن الاستلام .

قاعدة :إذا اجتمعت الإشارة والعبارة ، واختلف موجبهما غلبت الإشارة .

وفى ذلك فروع

منها : مالو قال أصلى خلف زيد ، أو على زيد هذا . فبان عمرا . فالأصح الصحة وكذا على هذا الرجل ، فبان امرأة .

ولو قال : زوجتك فلانة هذه ، وسماها بغير اسمها صح قطعا . وحكى فيه وجه .

ولو قال : زوجتك هذا الغلام . وأشار إلى بنته . نقل الرويانى عن الأصحاب صحة النكاح ، تعويلا على الإشارة .

ولو قال : زوجتك هذه العربية . فكانت عجمية . أو هذه العجوز . فكانت شابة أو هذه البيضاء . فكانت سوداء ، أو عكسه . وكذا المخالفة فى جميع وجوه النسب ، والصفات . والعلو . والنزول ، ففى صحة النكاح قولان . والأصح الصحة .

ولو قال : بعتك داري هذه ، وحددها ، وغلط في حدودها . صح البيع . بخلاف مالو قال : بعتك الدار التي في المحلة الفلانية . وحددها ، وغلط . لأن التعويل هناك على الإشارة .

ولو قال : بعتك هذا الفرس . فكان بغلا ، أو عكسه فوجهان ، والأصح هنا البطلان .

قال في شرح المهذب : إنما صحح البطلان هنا ، تغليبا لاختلاف غرض المالية . وصحح الصحة في الباقي ، تغليبا للإشارة .

وحينئذ فيستثنى هذه الصورة من القاعدة .

ويضم إليها : من حلف لا يكلم هذا الصبي ، فكلمه شيخا . أو لا يأكل هذا الرطب فأكله تمرا ، أو لا يدخله هذه الدار ، فدخلها عرصة . فالأصح أنه لا يحنث .

ولو خالعها على هذا الثوب الكتان . فبان قطنا ، أو عكسه . فالأصح فساد الخلع ويرجع بمهر المثل .

ولو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي . أو وهو هروي . فبان خلافه . صح . ولا رد له ، بخلاف مالو قال : على أنه هروي . فبان مرويا . فإنه يصح ، ويملكه . وله الخيار . فإن رده رجع إلى مهر المثل . وفي قول : قيمته .

ولو قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي فأنت طالق . فأعطته . فبان مرويا ، لم يقع الطلاق . لأنه علقه بإعطائه ، بشرط أن يكون مرويا ، ولم يكن كذلك . فكأنه قال : إن كان هرويا .

ولو قال : إن أعطيتني هذا الهروي . فأعطته ، فبان مرويا ، فوجهان .

أحدهما : لا تطلق ، تنزيلا له على الاشتراط . كما سبق .

والثاني : تقع البينونة ، تغليبا للإشارة .

قال الرافعي : وهذا أشبه ، وصححه في أصل الروضة .

ثم فرق بين قوله : وهو هروي ، في «إن أعطيتني» حيث أفاد الاشتراط ، فلم يقع الطلاق وفي « خالعتك » حيث لم يفده . فلا رد له بأنه دخل في «إن أعطيتني» على كلام غير مستقل . فيتقيد بما دخل عليه .

وتمامه بالفراغ من قوله « فأنت طالق » .

وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل . فجعل قوله بعده « وهو هروي » جملة مستقلة . فلم تتقيد بها الأولى .

ولو قال : لا آكل من هذه البقرة ، وأشار إلى شاة حنث بأكل لحمها . ولا تخرج

على الخلاف فى البيع ونحوه . لأن العقود يراعى فيها شروط وتقييدات لاتعتبر مثلها فى الأيمان ، فاعتبر هنا الإشارة ، وجها واحدا .

ولو قال : إن اشتريت هذه الشاة ، فلله على أن أجعلها أضحية ، فاشتراها فوجهان .

أحدهما : لا يجب ، تغليبا للإشارة ، فإنه أوجب المعينة قبل الملك .

الثانى : يجب تغليبا لحكم العبارة ، فإنه عبارة نذر ، وهو متعلق بالذمة ، كما لو قال : إن اشتريت شاة فلله على جعلها أضحية ، فإنه نذر مضمون فى الذمة . فإذا اشترى شاة لزمه جعلها أضحية .

القول فى الملك

وفيه مسائل الأولى فى تفسيره

قال ابن السبكى : هو حكم شرعى يقدر فى عين أو منفعة . يقتضى تمكن من ينسب إليه ، من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك .

فقولنا « حكم شرعى » لأنه يتبع الأسباب الشرعية .

وقولنا « يقدر » لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدمى ، ليس وصفا حقيقيا بل يقدر فى العين أو المنفعة ، عند تحقق الأسباب المفيدة للملك .

وقولنا « فى عين ، أو منفعة » لأن المنافع تملك كالأعيان .

وقولنا « يقتضى انتفاعه » يخرج تصرف القضاة ، والأوصياء . فإنه فى أعيان أو منافع لا يقتضى انتفاعهم ، لأنهم لا يتصرفون لانتفاع أنفسهم ، بل لانتفاع المالكين .

وقولنا « والعوض عنه » يخرج الإباحات فى الضيافات ، فإن الضيافة مأذون فيها ، ولا تملك .

ويخرج أيضا : الاختصاص بالمساجد ، والربط ؟ ومقاعد الأسواق ، إذ لا ملك فيها مع التمكن من التصرف .

وقولنا « من حيث هو كذلك » إشارة إلى أنه قد يتخلف المانع لعرض ، كالمحجور عليهم ، لهم الملك وليس لهم التمكن من التصرف ، لأمر خارجى .

الثانية

قال فى الكفاية : أسباب التملك ثمانية :

المعاوضات . والميراث . والهبات . والوصايا . والوقف . والغنيمة . والإحياء . والصدقات .

قال ابن السبكي : وبقيت أسباب أخر .

منها ، تملك اللقطة بشرطه .

ومنها : دية القتيل ، يملكها أولا . ثم تنقل لورثته على الأصح.

ومنها : الجنين . الأصح : أنه يملك الغرة .

ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله ، أو بمال آخر لا يتميز ، فإنه يوجب ملكه إياه .

ومنها : الصحيح : أن الضيف يملك ما يأكله . وهل يملك بالوضع بين يديه ، أو فى الفم أو بالأخذ ، أو بازدراد يبين حصول الملك قبله ؟ أوجه .

ومنها : الوضع بين يد الزوج المخالع على الإعطاء .

ومنها : ماذكره الجرجانى فى المعاياة : أن السابى إذا وطىء المسبية كان متملكا لها ، وهو غريب عجيب .

قلت : الأخير — إن صح — داخل فى الغنيمة ، والذى قبله داخل فى المعاوضات . كسائر صور الخلع ، وكذا الصداق

وأما مسألة الضيف : فينبغى أن يعبر عنها بالإباحة . لتدخل هى وغيرها من الإباحات التى ليست بهبة ، ولا صدقة . ويعبر عن الدية والغرة بالجناية . ليشمل أيضا دية الأطراف والمنافع والجرح والحكومات .

وقد قلت قديما :

وفى الكفاية أسباب التملك خذ ثمانيا ، وعليها زاد من لحقه
الإرث ، والهبة ، الإحيا ، الغنيمة ، والمعاوضات ، والوصايا ، الوقف ، والصدقه
والوضع بين يدى زوج يخالعها والضيف ، والخلع للمغصوب والسرقه
كذا الجناية مع تمليك لقطته والوطء للسبى فيما قال من سبقه
قلت : الأخيره إن صحت فداخلة فى الغنم . والخلع فى التعويض كالصدقه

الثالثة

قال العلائى : لايدخل فى ملك الإنسان شىء بغير اختياره ، إلا فى الإرث اتفاقا ، والوصية . إذا قيل : إنها تملك بالموت ، لا بالقبول . والعبد ، إذا ملك شيئا ، فإنه يصح قبوله بغير إذن السيد ، فى أحد الوجهين . فيدخل فى ملك السيد بغير اختياره . وكذ غلة الموقوف عليه ،

ونصف الصداق إذا طلق قبل الدخول ؛ والمعيب إذا رد على البائع به ، وأرش الجناية ، وثمن النقص إذا تملكه الشفيع . والمبيع إذا تلف قبل القبض ، دخل الثمن فى ملك المشترى ، وكذلك بما ملكه من الثمار ، والماء النابع فى ملكه . وما يسقط فيه من الثلج ، أو ينبت فيه من الكلأ ؛ ونحوه .

قلت : وما يقع فيه من صيد ، وصار مقدورا عليه ، بتوحيل وغيره ، على وجه ، والإبراء من الدين ، إذا قلنا : إنه تمليك لا يحتاج إلى قبول ، فى الأصح المنصوص ، ولا يرتد بالرد على الأصح فى زوائد الروضة .

الرابعة

البيع ونحوه من المعاوضات يملك بتمام العقد .

فلو كان خيار مجلس ، أو شرط . فهل الملك فى زمن الخيار للبائع ، استصحابا لما كان؟ أو المشترى ، لتمام البيع بالإيجاب والقبول ، أو موقوف إن تم البيع ، بان أنه للمشترى من حين العقد ، وإلا فللبائع ؟ أقوال .

وصحح الأول فيما إذا كان الخيار للبائع وحده.

والثانى: إذا كان للمشترى وحده .

والثالث : إذا كان لهما .

وهذه المسألة من غرائب الفقه ، فإن لها ثلاثة أحوال ، وفى كل حال ثلاثة أقوال، وصحح فى كل حال من الثلاثة .

ويقرب منها : الأقوال فى ملك المرتد .

فالأظهر : أنه موقوف . إن مات مرتدا بان زواله من الردة ؛ وإن أسلم بان أنه لم يزل لأن بطلان أعماله : يتوقف على موته مرتدا ، فكذلك ملكه .

الثانى : أنه يزول بنفس الردة ؛ لزوال عصمة الإسلام ، وقياسا على النكاح .

والثالث : لا ، كالزانى المحصن .

قال الرافعى : والخلاف فى زوال ملكه يجرى أيضا فى ابتداء التملك إذا اصطاد ، واحتطب، فعلى الزوال لا يدخل فى ملكه ، ولا يثبت الملك فيه لأهل الفيء بل يبقى على الإباحة ، كما لا يملك المحرم الصيد إذا اصطاده ، ويبقى على الإباحة ، وعلى مقابله يملكه ، كالحربى ، وعلى الوقف موقوف .

ويقرب من ذلك أيضا : ملك الموصى له الموصى به ، وفيه أقوال .

أحدها : يملك بالموت .

والثانى : بالقبول ، والملك قبله للورثة ، وفى وجه : للميت .

والثالث : — وهو الأظهر — موقوف . إن قبل بان أنه ملكه بالموت ، وإلا بان أنه كان للوارث .

ويقرب من ذلك أيضا : الموهوب ، وفيه أقوال .

أظهرها : يملك بالقبض ، وفى القديم بالعقد ، كالبيع .

والثالث : موقوف . إن قبضه ، بان أنه ملكه بالعقد .

ويقرب من ذلك أيضا :

الأقوال فى أن الطلاق الرجعى ، هل يقطع النكاح ؟

ففى قول : نعم ، وفى قول : لا .

وفى قول موقوف ، إن راجع بان بقاء النكاح ، وإلا بان زواله من حين الطلاق ،

فائدة : الخلاف ينبنى عليه فى المبيع ، والموصى به : كسب العبد ، وما فى معناه ، كاللبن . والبيض ، والثمرة ، ومهر الجارية الموطوءة بشبهة ، وسائر الزوائد ، فهى مملوكة لمن له الملك . وموقوفة عند الوقف .

وينبنى عليه أيضا : النفقة . والفطرة ، وسائر المؤن ، كما صرح به الرافعى فى الموصى به ، وابن الرفعة فى المبيع ، خلافا لقول الجيلى . إنها على قول الوقف عليهما ، أو ينبنى على الخلاف فى المرتد صحة تصرفاته .

فعلى الزوال : لا يصح منه بيع ، ولا شراء ، ولا إعتاق ، ولا وصية ، ولا غيرها .

وعلى مقابله : هو ممنوع من التصرف ، محجور عليه . كحجر المفلس ، فيصح منه ما يصح من المفلس ، دون غيره .

وعلى الوقف : يوقف كل تصرف يحتمل الوقف ، كالعتق والتدبير والوصية .

ومالا يقبله : كالبيع والهبة والكتابة ونحوها باطلة .

ولا يصح نكاحه ولا إنكاحه لسقوط ولايته .

وفى وجه : أنه يجوز أن يزوج أمته ، بناء على بقاء الملك .

وعلى الأقوال كلها : يقضى منه دين لزمه قبلها .

وقال الإصطخرى : لا ، بناء على الزوال وينفق عليه منه .

وفى وجه : لا ، بناء على الزوال وينفق على زوجات وقف نكاحهن ، وقريب ويقضى منه غرامة ما أتلفه فى الردة .

وفى وجه : لا ، بناء على الزوال .

تنبيه

دخل فيما ذكرناه

أولا : الإجارة ، فتملك الأجرة أيضا بنفس العقد ، سواء كانت معينة أو فى الذمة كما صرح به القاضى حسين وغيره .

ويملك المستأجر المنفعة فى الحال أيضا ، وتحدث على ملكه .

وفى البحر : وجه غريب ، أنها تحدث على ملك المؤجر :

وبنى على ذلك : إجارة العين من مؤجرها بعد القبض .

فإن قلنا : تحدث على ملك المؤجر ، لم يجز لئلا يؤدى إلى أنه يملك منفعة ملكه كما لا يتزوج بأمته ، وإن قلنا : يحدث على ملك المستأجر ، جاز .

فصل : وفيما يملك به القرض قولان مستنبطان ، لا منصوصان .

أظهرهما : بالقبض والثانى : بالتصرف

قال الرافعى : ومعناه أنه إذا تصرف تبين ثبوت ملكه قبله ، كذا جزم به .

وفى البسيط وجه : أنه يستند الملك إلى العقد .

قلت : فعلى هذا فيه أيضا ثلاثة أقوال .

ثالثها : الوقف فإن تصرف ، بان أنه ملكه بالعقد وإلا فلا .

ثم المراد : كل تصرف يزيل الملك ، وقيل يتعلق بالرقبة ، وقيل : يستدعى الملك ، وقيل : يمنع رجوع البائع عند الإفلاس والواهب .

فعلى الأوجه : يكفى البيع والهبة والإعتاق والإتلاف ، ولا يكفى الرهن والتزويج والإجارة والطحن والخبز والذبح على الأول .

ويكفى ما سوى الإجارة على الثانى ، وما سوى الرهن على الثالث .

فصل : يملك العامل حصته فى المساقاة . بالظهور على المذهب ، وفى القراض قولان :

أحدها : كذلك ، والأظهر بالقسمة .

والفرق : أن الربح فى القراض وقاية لرأس المال بخلاف الثمرة ، وينبنى على القولين الزكاة.

فعلى الثانى : يلزم المالك زكاة الجميع ، فإن أخرجها من ماله حسبت من الربح .

وعلى الأول : يلزم المالك زكاة رأس المال ، وحصته من الربح . ويلزم العامل زكاة حصته للخلطة .

ولو كان فى المال جارية فوطئها العامل وأحبلها ، فعلى الثانى لا يثبت الاستيلاد وعلى الأول يثبت فى نصيبه ويقوم عليه الباقى إن كان موسرا .

فصل : ما يملك بالإحياء باب واسع ، والكتاب الخامس به أجدر .

فصل

فى الملك ، فى رقبة الموقوف أقوال :

أصحها : أنه انتقل إلى الله .

والثانى : أنه للموقوف عليه .

والثالث : باق على ملك الواقف .

وقيل : إن كان الوقف على معين ، فهو ملكه قطعا .

فصل: دية القتيل ، هل تثبت لورثته ابتداء عقب هلاك المقتول ، أو بقدر دخولها فى ملكه فى آخر جزء من حياته ، ثم تنتقل إلى الورثة ؟ قولان . أظهرها الثانى

قال الرافعى : لأنها تنفذ منها وصاياه وديونه ، ولو كانت للورثة لم يكن كذلك .

قال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : وكلامه يقتضى الاتفاق على أنه يقضى منها الديون والوصايا .

وفى البيان : أن الشيخ أبا إسحاق صرح بذلك . اى الاتفاق أن الذى يقتضى المذهب أنه ينبنى على القولين متى تجب الدية .

ومن الفروع المبنية عليهما :

مالو أذن له فى قتله ، فقتله أو فى قطعه ، فسرى .

فإن قلنا : يجب للورثة بتداء : وجبت الدية وإلا فلا .

ولو جنى المرهون على نفس من يرثه السيد خطأ أو عفا على مال . فإن قلنا : يجب للورثة ابتداء، لم يثبت مال فيبقى رهنا وإلا فوجهان يجريان فيما لوجنى على طرفه وانتقل إلى سيده بالإرث

وقد نقل فى الشرح والروضة : أن أصحهما عند الصيدلانى والإمام ، أنه لا يثبت كما لا يثبت ابتداء ، وأن العراقيين قطعوا بالثبوت ، ويباع فيه .

وصحح الرافعى فى النكاح الثانى .

وفى الشرح الصغير الأول .

فصل : ويملك الإرث بمجرد الموت ، ولو كان على التركة دين على الصحيح .

والقديم : أن الدين يمنع انتقال التركة إلى ملك الوارث .

وهل يمنع انتقال قدره أو كلها ؟ قولان : فى الشرح بلا ترجيح .

وينبنى على القولين : ما لو حدث فى التركة زوائد ، فعلى الصحيح لا يتعلق بها حق الغرماء ، وعلى الآخر يتعلق .

وينبنى عليهما أيضا .

مسألة : وقعت فى أيام ابن عدلان وابن اللبان وابن القماح والسبكى والسنكلوى . وابن الكتانى ؛ وابن الأنصارى ، وابن البلفيائى .

وهى : ما لو كان الدين للوارث ، فهل يسقط منه بقدر مايلزمه أداؤه من ذلك الدين لو كان لأجنبى ؟ حتى لو كان حائزا والدين بقدر التركة سقط كله

فأفتى جماعة : بأن لا سقوط وبأنه أخذ التركة إرثا ، والدين باق فى ذمة الميت ، لأن التركة دخلت فى ملكه بمجرد الموت ، إذ الدين لا يمنع الإرث فلا يثبت له فى ملكه شىء .

وأفتى جماعة بالسقوط وقالوا : إنه يؤثر فى نقصان مجموع المأخوذ ، فيكون أخذ قدر الدين عن دينه لا إرثا ، والباقى إرث .

وهؤلاء استندوا إلى تقديم الدين على الإرث ، مع القول بأنه يمنع الإرث .

وأفتى السبكى بالسقوط وعدم التأثير بالنقصان وألف فى ذلك كتابا سماه (منية الباحث عن دين الوارث) ولخصه فى فتاويه .

فقال : يسقط من دين الوارث مايلزمه أداؤه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبى ، وهو نسبة إرثه من الدين ، إن لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم الورثة أداؤه منه إن زاد . ويرجع على بقية الورثة ببقية مايجب أداؤه منه على قدر حصصهم .

وقد يفضى الأمر إلى التقاص إذا كان الدين لوارثين ، فإذا كان الوارث حائزا أو لا دين لغيره ودينه مساو للتركة أو أقل سقط وإن زاد سقط مقدارها ويبقى الزائد ، ويأخذ التركة فى الأحوال إرثا ، ويقدر أنه أخذها دينا لأن جهة الملك أقوى ولا يتوقف على شىء وجهة الدين تتوقف على إقباض أو تعويض ، وهما متعذران لأن التركة ملكه .

لكنا نقدر أحدهما ، وإلا لما ورثت ذمة الميت ، تقديرا محضا لا وجود له .

ولو كان مع الدين الحائز دين أجنبى ، قدرنا الدينين لأجنبيين ، فما خص دين الوارث سقط واستقر نظيره ، كدينارين له ودينار لأجنبى ، والتركة ديناران ، فله دينار وثلث إرثا ، وسقط نظيره وبقى له فى ذمة الميت ثلثا دينار ، ويأخذ الأجنبى ثلثى دينار ويبقى له ثلث دينار .

ولو كان الوارث اثنين لأحدهما ديناران ولآخر دينار ، فلصاحب الدينارين من ديناره الموروث ثلثاه ، ومن دينار أخيه ثلثه ، والثلث الباقى من ديناره مقاصص به أخاه فيجتمع له دينار وثلث ، ولأخيه ثلثان ومجموعهما ديناران ، وهو اللازم لهما ، لأن الذى يلزم الورثة أداؤه أقل الأمرين من الدين ومقدار التركة .

ولو كان زوجة وأخ والتركة أربعون والصداق عشرة ، فلها عشرة إرثا وسبعة ونصف من نصيب الأخ دينا ، وسقط لها ديناران ونصف نظير ربع إرثها ، ازدحم عليه جهتا الإرث والدين .

ولو قلنا : إن السبعة ونصفا من أصل التركة ، لسقط ربعها المختص بها ، وهلم جرا إلى أن لا يبقى شىء ، ولأنه لو عادله ثلاثة أرباع الاثنين ونصف لكان بغير سبب ولزاد إرثه ونقص إرثها عما هو لها .

وقد بان بهذا : أنه لا يختلف المأخوذ ، وسواء أعطيت الدين أولا ، أم بعد القسمة .

والحاصل لها على التقديرين سبعة عشر ونصف .

والطريق الأول : هو الذى عليه عمل الناس ، وهو أوضح وأصح وأسهل يتمشى على قول من يقول : إن التركة لا تنتقل قبل وفاء الدين .

والطريق الثانى : أدق ، وهو مبنى على أن التركة تنتقل قبل وفاء الدين ، وهو الصحيح .

ويترتب عليه : أنه لا يجوز لها أن تدعى ، ولا تحلف إلا على النصف والربع ، وكذا لا تتعوض ولا تقبض ولا تبرئ إلا من ذلك .

قال : وأما مازاد على قدر التركة ، فلايسقط ومن تخيل ذلك فهو غالط .

فإن قلت : ما ادعيته من السقوط لابد فيه من الاستناد إلى شئ من كلام الأصحاب وإلا فقد ظن بعض الناس أن بالسقوط يتفاوت المأخوذ ، وظن آخرون أن لاسقوط أصلا .

قلت : أما من ظن أن لاسقوط أصلا ، فكلامه متجه إذا قلنا التركة لاتنتقل .

فإن قلنا بالانتقال ، فلا .

وأما من ظن التفاوت ، فليس بشئ .

وأما كلام الأصحاب الدال على ماقلناه ، ففي موضعين :

أحدهما : في الجراح ، إذا خلف زوجته حاملا وأخا لأب ، وعبدا ، فجنى عليها

قالوا : يسقط من حق كل واحد من الغرة مايقابل ملكه ، لأنه لايثبت للإنسان على ملكه حق .

وذكروا طريقين في كيفية السقوط .

أحدهما : طريقة الإمام والرافعي : أنه يسقط نصيب الأخ كله لأنه أقل من ملكه . ومن نصيب الأم مايقابل ملكها ، وهو الربع ويبقى لها نصف سدس الغرة ، يرجع به على الأصح .

وأصحهما طريقة الغزالي : أنه يسقط من حقها من الغرة ربعه ، لأنه المقابل لملكها ومن حقه ثلاثة أرباعه ويبقى لها سدس الغرة ، ولها عليه نصف سدسها ، والواجب في الفداء أقل الأمرين . وربما لاتفي حصتها بأرشها وتفي حصته بأرشه ، فإذا سلمت . تمطل عليه مازاد ولم يتمطل عليها .

مثاله : الغرة ستون وقيمة العبد عشرون ، وسلما . ضاع عليه خمسة وصار له خمسة ولها خمسة عشر .

الموضع الثاني

في الإجارة

آجر دارا من ابنه بأجرة قبضها واستنفقها ومات عقب ذلك عنه وعن ابن آخر ، وقلنا تنفسخ الإجارة في نصيب المستأجر ، فمقتضى الانفساخ فيه الرجوع بنصف الأجرة يسقط منه نسبة إرثه ، وهو الربع ويرجع على أخيه بالربع في هذين الموضعين يؤخذ ما ذكرناه من السقوط ، انتهى كلام السبكي في فتاويه .

فصل

يملك الصداق بالعقد

لا أعلم فى ذلك خلافا عندنا .

فلومات . أو أفلس ، وعليه صداق لزوجة دخل بها ، وصداق لأخرى ، لم يدخل بها لم يقدم المدخول بها ، بل يستويان ، كما أفتيت به . تخريجا من هذه القاعدة .

وأما النصف العائد بالطلاق ، ففيه أوجه . أصحها أنه يملكه بنفس الطلاق .

نظيره ، « أنه لا يملكه ، إلا باختيار التملك .

وبقوله فى لا يملك ، إلا بقضاء القاضى .

وينبنى على الأوجه : الزوائد الحادثة بعد الطلاق .

فصل

فى ملك الغانمين

الغنيمة : أوجه أصحها : لا يملكون إلا بالقسمة ، أو اختيار التملك ، لأنهم لو ملكوا . لم يصح إعراضهم ولا إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم .

ولا شك أن للإمام : أن يخص كل طائفة بنوع من المال .

والثانى : يملكون بالحيازة ، والاستيلاء التام ، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك . ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء . ولو لم يملكوا لزال الملك إلى غير مالك . لكنه ملك ضعيف ، يسقط بالإعراض .

الثالث : موقوف . إن سلمت الغنيمة ، حتى قسموها . بان أنهم ملكوا بالاستيلاء وإن تلفت ، أو أعرضوا . تبينا عدم الملك .

وحينئذ فهذه المسألة من نظائر المسائل المتقدمة .

المسألة الخامسة

فى الاستقرار

يستقر الملك فى المبيع ، ونحوه : من المسلم فيه ، والمصالح عليه ، والصداق المعين بالتسليم . وتستقر الأجرة فى الإجارة : بالاستيفاء ، وبقبض العين المستأجرة ، وإمساكها حتى مضت

مدة الإجارة ، أو مدة إمكان السير إلى الموضع الذى استأجر للركوب إليه . وإن لم ينتفع .
وسواء إجارة العين والذمة .

وتستقر فى الإجارة الفاسدة : أجرة المثل بذلك .

قال الأصحاب : ويستقر الصداق بواحد من شيئين : الوطء ، والموت .

وأورد فى المهمات عليهم : أنه لا بد من القبض فى المعين أيضا ، لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد ، كالبيع ، فكما قالوا : إن المبيع قبل القبض ، غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض ، فكذلك الصداق

وأجيب : بأن المراد بالاستقرار هنا : الأمن من سقوط المهر ، أو بعضه بالتشطر . وفى المبيع : الأمن من الانفساخ .

فالمبيع : إذا تلف . انفسخ البيع .

والصداق المعين ، إذا تلف قبل القبض ، لم يسقط المهر ، بل يجب بدل البضع ، فافترق البابان . ذكره ولى الدين فى نكته .

وقال القاضى جلال الدين البلقينى : لم يبين الأصحاب معنى الاستقرار فى باب الصداق ، حتى خفى معناه على بعض المتأخرين ، فما ورد عليهم أنه لابد من قبض المعين .

وليس الأمر كذلك ، فإن معنى الاستقرار فى الصداق : عينا كان ، أو دينا . الأمن ، من تشطره بالفراق قبل الدخول ، ومن سقوطه كله بالفرقة من جهتها قبله .

وهذا الاستقرار يكون فى الصداق المعين ، والذى فى الذمة ، وجميع الديون التى فى الذمة بعد لزومها ، وقبض المقابل لها : مستقرة إلا دينا واحدا : هو دين السلم فإنه وإن كان لازمها فهو غير مستقر وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع السلم فيه . فينفسخ العقد .

فمعنى الاستقرار فى الديون اللازمة من الجانبين : الأمن من فسخ العقد ، بسبب تعذر حصول الدين المذكور ، لعدم وجود جنسه : وامتناع الاعتياض عنه . وذلك مخصوص بدين السلم دون بقية الديون .

وأما دين الثمن بعد قبض المبيع . فإنه أمن فيه الفسخ المذكور ، وإن تعذر حصوله بانقطاع جنسه جاز الاعتياض عنه ، وكذا الفسخ بسبب رد بعيب ، أو إقالة ، أو تحالف ، اهـ.

المسئلة السادسة

الملك : إما للعين والمنفعة معا ، وهو الغالب . أو للعين فقط ، كالعبد الموصى بمنفعته أبدا رقبته ملك للوارث . وليس له شيء من منافعه ، وعليه نفقته ومؤنته . ولا يصح بيعه لغير الموصى له ، ويصح له إعتاقه ، لا عن الكفارة ، ولا كتابته . وله وطؤها إن كانت ممن لا تحبل ، وإلا فلا .

وفي كل من ذلك خلاف .

وإما للمنفعة فقط ، كمنافع العبد الموصى بمنفعته أبدا ، وكالمستأجر ، والموقوف على معين .

وقد يملك الانتفاع دون المنفعة كالمستعير . والعبد الذي أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى له . وكالموصى بخدمته وسكناها . فإن ذلك إباحة له ، لا تمليك .

وكذا الموقوف على غير معين ، كالربط ، والطعام المقدم للضيف .

وكل من ملك المنفعة ، فله الإجارة ، والإعارة .

ومن ملك الانتفاع ، فليس له الإجارة قطعا ، ولا الإعارة في الأصح .

ونظير ذلك . الأمة المزوجة : إذا وطئت بشبهة ، أو إكراه ، فإن مهرها للسيد . لأنه مالك البضع ، لا للزوج . لأنه لم يملكه ، بل ملك الانتفاع به .

وكذا الحرة : إذا وطئت بشبهة: مهرها لها ، لا لزوجها . فإنه ملك الانتفاع ببضعها دونه.

قال العلائي : ومن ذلك أيضا : الإقطاع « على الرأي المختار » فإن المقطع لم يملك إلا أن ينتفع ، بدليل الاسترجاع منه ، متى شاء الإمام . فليس له الإجارة ، إلا أن يأذن له الإمام أو يستقر العرف بذلك . كما في الإقطاعات بديار مصر.

قال : وهذا هو الذي كان يفتي به شيخنا برهان الدين ، وكمال الدين ، وهو اختيار شيخهما تاج الدين الفزاري .

والذي أفتى به النووي : صحة إجارة الإقطاع . وشبهه بالصداق قبل الدخول .

قال العلائي : وفي ذلك نظر ، لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقد ملكا تاما ، وإذا قبضته كان لها التصرف فيه بالبيع وغيره ، والإقطاع ليس كذلك .

وقد قال الرافعي : إن الوصية بالمنافع إذا كانت مطلقة أو مقيدة بالتأبيد أو بمدة معينة

كالسنة مثلا يكون تمليكا لها بعد الموت ، فتصح إجارتها وإعارتها ، والوصية بها وتنتقل عن الموصى له بموته إلى ورثته .

ثم قال : أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك فهو إباحة وليس بتمليك وليس له الإجارة ، وفى الإعارة وجهان .

وإذا مات الموصى له رجع الحق إلى ورثة الموصى .

وهذه المسألة أشبه شىء بالاقطاع ، لأنه مقيد عرفا بحياة المقطع ، وإذا مات بطل بل هو أضعف من الوصية ، لأنه قد يسترجع منه فى حياته بخلاف الوصية اه .

خاتمة

فى ضبط المال والمتمول

أما المال ، فقال الشافعى رضى الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه ، وإن قلت وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلس وما أشبه ذلك انتهى .

وأما المتمول : فذكر الإمام فى باب اللقطة ضابطين .

أحدها : أن كل ما يقدر له أثر فى النفع فهو متمول ، وكل مالا يظهر له أثر فى الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول .

الثانى : أن المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار .

والخارج عن المتمول : هو الذى لا يعرض فيه ذلك .

القول فى الدين

اختص بأحكام

الأول : جواز الرهن به فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد كالمبيع والصداق أو بحكم اليد كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على جهة السوم أو بالبيع الفاسد .

وفى وجه ضعيف : يجوز كل ذلك .

لكن فى فتاوى القفال : لو وقف كتابا وشرط أن لا يعار إلا برهن ، اتبع شرطه .

وقال السبكى فى تكملة شرح المهذب :

فرع : حدث فى الأعصار القريبة وقف كتب ، يشترط الواقف أن لا تعار إلا برهن أو لا تخرج من مكان تحبيسها إلا برهن ، أولا تخرج أصلا .

والذى أقول فى هذا إن الرهن لا يصح بها لأنها عين مأمونة فى يد موقوف عليه .

ولا يقال لها عارية أيضا ، بل الآخذ لها إن كان من الوقف استحق الانتفاع ويده عليها يد أمانة ، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ، وإن أعطاه كان رهنا فاسدا ويكون فى يد خازن الكتب أمانة ، لأن فاسد العقود فى الضمان كصحيحها ، والرهن أمانة .

هذا إذا أريد الرهن الشرعى .

وإن أريد مدلوله لغة ، وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح ، وإذا لم يعلم مراد الواقف ، فيحتمل أن يقال بالبطلان فى الشرط المذكور حملا على المعنى الشرعى ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على اللغوى وهو الأقرب تصحيحا للكلام ما أمكن .

وحينئذ لايجوز إخراجها بدونه ، وإن قلنا : ببطلانه لم يجز إخراجها به لتعذره ولا بدونه، إما لأنه خلاف شرط الواقف وإما لفساد الاستثناء فكأنه قال : لاتخرج مطلقا . ولو قال ذلك، صح لأنه شرط فيه غرض صحيح ، لأن إخراجها مظنة ضياعها .

بل يجب على ناظر الوقف أن يمكن كل من يقصد الانتفاع بتلك الكتب فى مكانها .

وفى بعض الأوقاف يقول : لاتخرج إلا بتذكرة ، وهذا لا بأس به ولا وجه لبطلانه .

وهو كما حملنا عليه قوله « إلا برهن » فى المدلول اللغوى ، فيصح .

ويكون المقصود : أن تجويز الواقف الانتفاع لمن يخرج به مشروط بأن يضع فى خزانة الوقف ما يتذكر هو به إعادة الموقوف ، ويتذكر الخازن به مطالبته فينبغى أن يصح هذا . ومتى أخذه على غير هذا الوجه الذى شرطه الواقف ، فيمتنع ولا نقول : بأن تلك التذكرة تبقى رهنا ، بل له أن يأخذها ، فإذا أخذها طالبه الخازن برد الكتاب ، ويجب عليه أن يرده أيضا بغير طلب .

ولايبعد أن يحمل قول الواقف « الرهن » على هذا المعنى حتى يصح إذا ذكره بلفظ الرهن ، تنزيلا للفظ على الصحة ما أمكن .

وحينئذ يجوز إخراجه بالشرط المذكور ويمتنع بغيره ولكن لايثبت له أحكام الرهن ولا يستحق منعه ، ولا بدل الكتاب الموقوف ، إذا تلف بغير تفريط ، ولو تلف بتفريط ضمنه ولكن لايتعين ذلك المرهون لوفائه ، ولا يمتنع على صاحبه التصرف فيه. انتهى .

الثانى : صحة الضمان بها أداء .

فأما الأعيان ، فإن لم تكن مضمونة على من هى فى يده ، كالوديعة والمال فى يد الشريك والوصى والوكيل ، فلا يصح ضمانها قطعا وإن كانت مضمونة صح ضمان ردها على المذهب ولا يصح ضمان قيمتها لو تلفت على الصحيح ، لأنها قبل التلف غير واجبة .

الثالث قبول الأجل ، فلا يصح تأجيل الأعيان .

ولو قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا لم يصح ، لأن الأجل شرع رفقا للتحصيل والمعين حاصل .

فوائد

الأولى : ليس فى الشرع دين لا يكون إلا حالا ، إلا رأس مال السلم وعقد الصرف ، والربا فى الذمة ، والقرض وكل مال متلف قهرى والأجرة فى إجارة الذمة ، وفرض القاضى مهر المثل على الممتنع فى المفوضة ، وعقد كل نائب أو ولى لم يؤذن له فى التأجيل لفظا أو شرعا.

وليس فيه دين لا يكون إلا مؤجلا ، إلا الكتابة والدية .

وليس فيه دين يتأجل ابتداء بغير عقد ، إلا فى الفرض للمفوضة إذا تراضيا .

الثانية : ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض مكلف بصير ، إلا فى صورتين .

الأولى : إذا خالعها على طعام فى الذمة وأذن فى صرفه لولده منها .

والأخرى : النفقة التى فى الذمة ، إذا أنفق على زوجة صغيرة أو مجنونة بإذن الولى ، برىء ، وإن لم يقبض المكلف .

الثالثة : الأجل : لا يحل قبل وقته إلا بموت المديون .

ومنه : موت العبد المأذون وقتل المرتد وباسترقاقه إذا كان حربيا وبالجنون على ما وقع فى الروضة ، والأصح خلافه .

ويستثنى من الموت : المسلم الجانى ولا عاقلة له ، تؤخذ الدية من بيت المال مؤجلة . ولا تحل بموته .

ولو اعترف وأنكرت العاقلة ، أخذت منه مؤجلة فلو مات لم تحل فى وجه .

ولو ضمن الدين مؤجلا ومات ، لم يحل فى وجه والأصح فيهما الحلول .

ولا تحل بموت الدائن بلا خلاف ، إلا فى صورة على وجه .

وهي : ما إذا خالعها على إرضاع ولده منها ، وعلى طعام وصفه في ذمتها ، وذكر تأجيله وأذن في صرفه للصبي ، ثم مات المختلع. وكذا يحل بموت الصبي على وجه .

ولا يحل بموت ثالث غير الدائن والمدين ، على وجه إلا في هذه الصورة .

الرابعة : الحال لا يتأجل إلا في مدة الخيار ، وأما بعد اللزوم فلا .

واستثنى الروياني والمتولي : ما إذا نذر أن لا يطالبه إلا بعد شهر أو أوصى بذلك .

قال البلقيني: والتحقيق لا استثناء، فالحلول مستمر، ولكن امتنع الطلب لعارض، كالإعسار. على أن صورة النذر استشكلت ، فإنه إن كان معسرا فالإنظار واجب .

والواجب : لا يصح نذره ، أو موسرا قاصدا للأداء لم يصح لأن أخذه منه واجب . ولا يصح إبطال الواجب بالنذر .

وقيد في المطلب مسألة الوصية : بأن تخرج من الثلث ، لقولهم في البيع بمؤجل ، يحسب كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موته .

ترتيب: قال في الرونق : الأجل ضربان: أجل مضروب بالشرع، وأجل مضروب بالعقد.

فالأول : العدة، والاستبراء، والهدنة، واللقطة، والزكاة، والعنة والإيلاء، والحمل والرضاع، والخيار، والحيض ، والطهر ، والنفاس، واليأس، والبلوغ ، ومسح الخف، والقصر .

والثاني أقسام

أحدها : ما لا يصح إلا بالأجل ، وهو الإجارة والكتابة .

والثاني : ما يصح حالا ومؤجلا .

والثالث : ما يصح بأجل مجهول ولا يصح بمعلوم ، وهو الرهن والقراض والرقبى، والعمرى.

والرابع : ما يصح بهما ، وهو العارية والوديعة .

الحكم الرابع

لا يصح بيع الدين بالدين قطعا

واستثنى منه : الحوالة للحاجة .

وأما بيعه لمن هو عليه ، فهو الاستبدال وسيأتي .

وأما لغير من هو عليه بالعين ، كأن يشترى عبد زيد بمائةله على عمرو ، ففيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج البطلان ، لأنه لايقدر على تسليمه .

والثاني : يجوز كالإستبدال ، وصححه في الروضة من زوائده .

وشرطه على ماقال البغوى ثم الرافعي : أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما ، بطل العقد .

قال في المطلب : ومقتضى كلام الأكثرين خلافه ، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر ـ ولا بينة له عليه ـ لايصح جزما .

وكما لايصح بيع الدين ، لايصح رهنه ولا هبته على الصحيح .

مايجوز فيه الاستبدال ، وما لايجوز

لايجوز الاستبدال عن دين السلم ، لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض ، وبدل المتلف مثلا ، وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم .

قال الإسنوى : وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك .

قال : وفي الدين الثابت بالحوالة : نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا ، ويحتمل أن ينظر إلى أصله ، وهو المحال به فيعطى حكمه .

وحيث جاز الاستبدال ، جاز عن المؤجل حالا ، لا عكسه .

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا ، شرط قبضه في المجلس لاتعيينه في العقد أو غيره ، شرط تعيينه في المجلس لافي العقد ولا قبضه .

قال في المطلب : وعلى هذا فقولهم ، إن مافي الذمة لايتعين إلا بالقبض ، محمول على مابعد اللزوم.

أما قبله : فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط .

قال الإسنوى : وهذا الذى قاله جيد ، وهو يقتضى إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

الخامس

لاتجب فيه الزكاة إن كان ماشية ، وعللوه بأن السوم شرط ومافي الذمة لايوصف به .

واستشكاله الرافعي : بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة ، فكما يثبت في الذمة لحم راعية ، فلتثبت الراعية نفسها .

وأجاب القونوى : بأن المدعى اتصافه بالسوم المحقق وثبوتها فى الذمة سائمة أمر تقديرى ولا يجب فيه أيضا إن كان معسرا ، لأن شرطه الزهو فى ملكه ولم يوجد ، ولا إن كان دين كتابة أو دينا آخر على المكاتب لعدم لزومه .

وأما إن كان عرضا ، ففى كتب الشيخين : أنه كالنقد .

وسوى فى التتمة بينه وبين الماشية ، لأن ما فى الذمة ، لا يتصور فيه التجارة وادعى نفى الخلاف وبذلك أفتى البرهان الفزارى : أنه لو أسلم فى عرض ، بنية التجارة لم تجب فيه الزكاة .

قال : لأنه لم يتملكه ملكا مستقرا .

أما كونه غير مستقر ، فواضح .

وأما كون الاستقرار شرط وجوب الزكاة ، فلقولهم فى الأجرة لا يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر .

قال : والسلم أولى بعدم الوجوب من الأجرة ، لأنها مقبوضة ، يملك التصرف فيها بخلافه.

قال : وقول الرافعى: إن العرض تجب فيه الزكاة محمول على ما إذا ثبت فى الذمة بالقرض انتهى.

وفى البحر ، والحاوى : المسلم فيه للتجارة ، لا تجب زكاته ، قولا واحدا . فإذا قبضه استأنف الحول .

قال فى الخادم : وإذا قلنا بوجوبه ، فلا يدفع حتى يقبض . وهل يقوم بحالة الوجوب أو القبض ؟ فيه نظر .

والصواب : اعتبار أقل القيمتين كالأرش ، فإن الزكاة مواساة انتهى .

أما النقد : فالجديد وجوب الزكاة فيه ، ثم إن كان حالا وتيسر أخذه ــ بأن كان على ملىء مقر حاضر باذل وجب إخراجها فى الحال . وإن كان مؤجلا ، أو على معسر أو منكر ، أو مماطل ، لم تجب حتى يقبض .

قال الزركشى : وهل يتعلق به تعلق شركة ، كالأعيان ، أولا .

لم أر من صرح به .

فإن قلنا به ، فهل يسمع دعوى المالك بالكل ، لأن له ولاية القبض ، لأجل أداء الزكاة؟ وإذا حلف ، فهل يحلف على الكل ؟ أو يقول : إنه باق فى ذمته ، وأنه يستحق قبضه ؟ ينبغى الثانى .

ما يمنع الدين وجوبه وما لا يمنع

فيه فروع :

الأول : الماء فى الطهارة ، يمنع الدين وجوب شرائه .

قال فى الكفاية : ولا فرق بين الحال ، والمؤجل .

الثانى : السترة ، كذلك .

الثالث : الزكاة ، وفيها أقوال . أصحها : لا يمنع وجوبها ، لأنها تتعلق بالعين ، والدين بالذمة. فلا يمنع أحدهما الآخر ، كالدين ، وأرش الجناية .

والثانى : يمنع ، لأن ملكه غير مستقر ، لتسلط المستحق على أخذه ، وقيل : لأن مستحق الدين تلزمه الزكاة .

فلو أوجبنا على المديون أيضا ، لزم منه تثنية الزكاة فى المال الواحد .

والثالث: يمنع فى الأموال الباطنة ، وهى : النقد ، وعروض التجارة ، دون الظاهرة .

وهى : الزروع . والثمار . والمواشى . والمعادن ، لأنها تامة بنفسها وسواء كان الدين حالا أو مؤجلا، من جنس المال . أو غيره ، لآدمى ، أو لله . كالزكاة السابقة ، والكفارة والنذر.

الرابع : زكاة الفطر . نقل الإمام الاتفاق على أن الدين يمنع وجوبها ، كما أن الحاجة إلى صرفه فى نفقة القريب تمنعه .

قال : ولو ظن ظان أنه لا يمنعه ، كما لا يمنع وجوب الزكاة ما كان مبعد .

ونقل النووى فى نكته على التنبيه : منع الوجوب عن الأصحاب : ومشى عليه فى الحاوى الصغير ، لكن صحح الرافعى فى الشرح الصغير : أنه لا يمنع ، وهو مقتضى كلامه فى الكبير .

الخامس : الحج يمنع الدين وجوبه حالا . كان ، أو مؤجلا .

وفى وجه : إن كان الأجل ينقضى بعد رجوعه من الحج . لزمه ، وهو شاذ .

السادس : الكفارة ، والظاهر أن الدين يمنع وجوب الإعتاق .

ولم أر من صرح به ، إلا أن الأذرعى فى القوت قال : ينبغى أن تكون كالحج .

السابع : العقل ، ويمنع تحمله أيضا فيما يظهر .

الثامن : نفقة القريب .

التاسع : سراية الإعتاق ، لا يمنعها الدين فى الأظهر .

فلو كان عليه دين بقدر مافى يده ، وهو قيمة الباقى ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ تصرفه ولهذا لو اشترى به عبدا وأعتقه نفذ .

والثانى : لا ، لأنه غير موسر .

تتمة

والأصح . أن لا يمنع ملك الوارث التركة كما تقدم ، ولا صحة الوصية ، ولا شراء القريب.
ويمنع نفوذ الوصية ، والتبرع ، وتصرف الوارث فى التركة ؛ حتى يقبضه ، وجواز الصدقة، مالم يرج وفاء .

ما ثبت فى الذمة بالإعسار ، ومالا يثبت

قال فى شرح المهذب : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب :

ضرب يجب ، لابسبب مباشرة من العبد : كزكاة الفطر ، فإذا عجز عنه وقت الوجوب . لم يثبت فى ذمته ، فلو أيسر بعد ذلك ، لم يجب .

وضرب : يجب بسبب من جهته ، على جهة البدل . كجزاء الصيد ، وفدية الحلق ، والطيب واللباس فى الحج ، فإذا عجز عنه وقت وجوبه وجب فى ذمته ، تغليبا لمعنى الغرامة ، لأنه إتلاف محض.

وضرب : يجب بسبب مباشرة . لا على جهة البدل ، ككفارة الجماع فى رمضان ، وكفارة اليمين ، والظهار ، والقتل ، ودم التمتع ، والقران ، والنذر ، وكفارة قوله « أنت على حرام» ففيها قولان مشهوران . أصحهما يثبت فى الذمة ، فمتى قدر عليه لزمه .

والثانى : لا ، وتشبيهها بجزاء الصيد أولى من الفطرة ، لأن الكفارة مؤاخذة على فعله ، كجزاء الصيد ، بخلاف الفطرة . انتهى .

قلت : ولو لزمت الفدية الشيخ الهرم عن الصوم ، وكان معسرا . ففى الروضة ، وأصلها قولان فى ثبوتها فى ذمته ، كالكفارة .

قال فى شرح المهذب : وينبغى أن يكون الأصح هنا أنها تسقط . ولا تلزمه إذا أيسر ، كالفطرة ، لأنه عاجز حال التكليف بالفدية ، وليست فى مقابلة جناية ، بخلاف الكفارة .

فالأقسام على هذا أربعة .

وفى الجواهر للقمولى : لو نذر الصدقة كل يوم بكذا . فمرت أيام وهو معسر . ثبتت فى ذمته.

ولو ماتت زوجته وهو غائب ، فجهزت من مالها . لم يثبت فى ذمة الزوج أفتى به القاضى جلال الدين البلقينى .

تذنيب :من الغريب قول القاضى حسين : إن الطلاق يثبت فى الذمة ، قال السبكى : حكيت مرة لابن الرفعة. فقال : عمرى ماسمعت ثبوت طلاق فى الذمة . قال : ولا شك أن ابن الرفعة سمعه ، وكتبه مرات . لكنه لغرابته ونكارته ، لم يبق على ذهنه .

ويتفرع على ذلك فروع

ما يقدم على الدين ، وما يؤخر عنه

قال فى الروضة ، وأصلها فى الأيمان : إذا وفت التركة بحقوق الله ، وحقوق الآدميين قضيت جميعا . وإن لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها بالذمة قدم المتعلق بالعين سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما . وإن اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين ، أو الذمة فهل يقدم حق الله تعالى ، أو الآدمى ، أو يستويان ؟ فيه أقوال . أظهرها الأول .

ولا تجرى هذه الأقوال فى المحجور عليه بفلس ، إذا اجتمع النوعان . بل تقدم حقوق الآدمى ، وتؤخر حقوق الله تعالى مادام حيا اهـ .

ومن أمثلة ماتجرى فيه الأقوال

اجتماع الدين مع الزكاة ، أو الفطرة ، أو الكفارة ، أو النذر ، أو جزاء الصيد ، أو الحج . كما صرح به فى شرح المهذب.

والأصح فى الكل : تقديمها على الدين .

وكذا : سراية العتق ، مع الدين .

وصححا فى اجتماع الجزية مع الدين التسوية . لأنها فى معنى الأجرة . فالتحقت بدين الآدمى.

ومن اجتماع حقوق الله تعالى فقط

الزكاة . والكفارة . والحج

قال السبكى : والوجه أن يقال : إن كان النصاب موجودا قدمت الزكاة ، وإلا فيستويان .

تذنيب

فيما تقدم عند الاجتماع من غير الديون

اجتمع محدث . وجنب . وحائض . وذو نجاسة . وميت ، وهناك ماء مباح . أو موصى به لأحوج الناس إليه ، ولا يكفى إلا أحدهم . قدم الميت على الجميع . لأنه خاتمة أمره ، فخص بأكمل الطهارتين . ولأن القصد من غسله تنظيفه ، ولا يحصل بالتراب .

والقصد من طهارة الأحياء : استباحة الصلاة ، وهو حاصل بالتيمم .

ويقدم بعده من عليه نجاسة ، لأنه لا بدل لطهارته ، ثم الحائض ، لأن حدثها أغلظ .

وفى وجه : يقدم الجنب عليها ، لأن غسله منصوص عليه فى القرآن ، ولا ختلاف الصحابة فى صحة تيمم الجنب دونها .

وفى وجه : يستويان ، فيقرع بينهما . وقيل : يقسم .

ويقدم الجنب على المحدث ، إن لم يكف الماء واحدا منهما ، أو كفى كلا منهما ، أو كفى الجنب فقط ، وإن كفى المحدث فقط قدم .

فإن كان معهم ظامئ ، قدم على الميت . لبقاء الروح .

اجتمع مغتسل لجمعة ، وغسل الميت . فإن قلنا : غسل الجمعة آكد . قدم ، أو غسل الميت قدم .

اجتمع حدث ، وطيب وهو محرم . فإن أمكن غسل الطيب بعد الوضوء ، فذاك وإلا قدم غسل الطيب ، لأنه لا بدل له ، والوضوء له بدل .

ولو كان نجاسة ، وطيب قدمت النجاسة ، لأنها أغلظ ، وتبطل الصلاة بخلافه .

اجتمع كسوف ، وجمعة . أو فرض آخر . فإن خيف فوت الفرض قدم . لأنه أهم وإلا قدم الكسوف فى الأظهر ، لأنه يخشى فواته بالانجلاء ، ثم يخطب للجمعة متعرضا للكسوف . ثم يصلى الجمعة ، ولا يحتاج إلى أربع خطب

اجتمع عيد ، وكسوف ، وجنازة . قدمت الجنازة ، خوفا من تغير الميت .

ولو اجتمع جمعة ، وجنازة فكذلك ، إن لم يضق الوقت . فإن ضاق ، قدمت الجمعة . لأنها فرض عين ، وقيل : الجنازة ، لأن للجمعة بدلا .

اجتمع كسوف ، ووتر ، أو تراويح . قدم الكسوف مطلقا .

أو كسوف ، وعيد ، وخيف فوت العيد قدم ، وإلا فالكسوف .

اجتمع فى زكاة الفطر : رجل ، وزوجته . وولده الصغير ، والكبير ، والأب ، والأم ، ولم يجد إلا بعض الصيعان ، ففى المسألة عشرة أوجه ، حكاها فى شرح المهذب .

أصحها : تقديم نفسه ، ثم زوجته ، ثم ولده الصغير ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم ولده الكبير .

والثانى : يقدم الزوجة على نفسه ، لأن فطرتها تجب بحكم المعاوضة .

والثالث : يبدأ بنفسه ، ثم بمن شاء .

والرابع : يتخير .

والخامس : يخرجه موزعا على الجميع .

والسادس : يخرجه عن أحدهم ، لا بعينه .

والسابع : يقدم الأم على الأب .

والثامن : يستويان ، فيخير بينهما .

والتاسع : يقدم الابن الكبير على الأبوين ، لأن النص ورد بنفقته ، والفطرة تتبعها .

والعاشر : يقدم الأقارب على الزوجة ، لأنه قادر على إزالة سبب الزوجيـــة بالطلاق ، بخلاف القرابة .

ولو اجتمع المذكورون فى النفقة ، قدموا على ماذكر ، إلا أن الأم تقدم فيها على الأب ، فى الأصح . لأن النفقة شرعت لسد الخلة ، ودفع الحاجة ، والأم أكثر حاجة ، وأقل حيلة ، والفطرة لم تشرع لدفع ضرر المخرج عنه . بل لتشريفه ، وتطهيره . والأب أحق بهذا ، فإنه منسوب إليه ، ويشرف بشرفه .

ولو اجتمع فى الفطرة اثنان فى مرتبة تخير .

قال الرافعى : ولم يتعرضوا للإقراع ، وله فيه مجال كنظائره .

اجتمع على رجل حدود ، فإن كانت لله تعالى ، قدم الأخف فالأخف . فيقدم حد الشرب ، ثم جلد الزنا ، ثم قطع السرقة ، أو المحاربة . ثم قتل الردة .

وإن كانت لآدمى ، فكذلك . فيقدم حد القذف ، ثم القطع ، ثم القتل .

فلو اجتمع مستحق قطع ، أو قتل قدم من سبقت جنايته .

فإن جهل ، أو جنى عليهم معا أقرع .

وإن اجتمع الصنفان ، قدم حد القذف على جلد الزنا ، لأنه حق آدمى ، وقيل : لأنه أخف .

وينبنى عليها : اجتماع حد الشرب والقذف ، فعلى الأصح يقدم القذف وعلى الثانى : الشرب .

ويجريان فى اجتماع القطع ، والقتل قصاصا . مع جلد الزنا .

فعلى الأصح : يقدمان عليه .

ولو اجتمع قتل القصاص ، والردة ، والزنا قدم القصاص قطعا ، وقيل فى الزنا : يقتل رجما بإذن الولى ، ليتأدى الحقان .

ولو اجتمع قتل الزنا ، والردة ، لم يحضرنى فيه نقل .

والذى يظهر : أنه رجم . لأنه يحصل مقصودهما ، بخلاف مالو قتل بالسيف ، فإنه يحصل قتل الردة ، دون الزنا .

فرع : ويقرب من هذه المسائل : مسائل اجتماع الفضيلة ، والنقيصة .

فمنها : الصلاة أول الوقت بالتيمم ، وآخره بالوضوء ، والأظهر استحباب التأخير إن تيقن الوضوء ، والتقديم إن ظنه ، أو جوز وجوده ، أو توهمه .

قال إمام الحرمين : والخلاف فيمن أراد الاقتصار على صلاة واحدة ، فإن صلى أوله بالتيمم وآخره بالوضوء فهو النهاية فى تحصيل الفضيلة .

ومنها : الصلاة أول الوقت منفردا ، وآخره جماعة ، وفى الأفضل طرق .

قطع أكثر العراقيين : باستحباب التأخير ، وأكثر الخراسانيين باستحباب التقديم .

وقال آخرون : حكمه حكم الماء ، فإن تيقن الجماعة آخره . فالتأخير أفضل ، وإلا فالتقديم .

قال النووى : وقد ثبت فى صحيح مسلم أن النبى ﷺ أخبر « أنه سيجىء أئمة ، يؤخرون الصلاة عن أول وقتها . قال : فصلوا الصلاة لوقتها ، واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » .

قال . فالذى نختاره أن يصلى مرتين ، فإن اقتصر على واحدة ، فإن تيقن حصول الجماعة فالتأخير أفضل ، لتحصيل شعارها الظاهر ، ولأنها فرض كفاية .

وفى وجه : فرض عين ، ففى تحصيلها خروج من الخلاف .

قال : ويحتمل أن يقال : إن فحش التأخير ، فالتقديم أفضل . وإن خف ، فالانتظار أفضل .

ومنها : الصلاة أول الوقت عاريا ، أو قاعدا ، وآخره مستورا ، أو قائما . وفيها الخلاف فى المتيمم .

ومنها : الصلاة أول الوقت قاصرا ، وآخره مقيما ، يصلى قاصرا . بلا خلاف . نقله فى شرح المهذب ، عن صاحب البيان .

ومنها : لو خاف فوت الجماعة إن أسبغ الوضوء ، فإدراكها أولى من الانحباس لإكماله نقله النووى عن صاحب الفروع . وقال : فيه نظر .

ومنها : لوخاف فوت الركعة إن مشى إلى الصف الأول . قال فى شرح المهذب : لم أر فيه لأصحابنا ، ولا لغيرهم شيئا .

والظاهر : أنه إن خاف فوت الركعة الأخيرة حافظ عليها ، وإن خاف فوت غيرها مشى إلى الصف الأول ، للأحاديث الصحيحة فى الأمر بإتمامه ، والازدحام عليه .

ومنها : لو قدر أن يصلى فى بيته قائما متفردا . ولو صلى مع الجماعة احتاج أن يقعد فى بعضها . فالأفضل الانفراد ، محافظة على القيام . ذكره الشافعى والأصحاب .

ومنها لو ضاق الوقت على سنن الصلاة .

قال البغوى فى فتاويه ، ما حاصله : إن السنن التى تجبر بالسجود يأتى بها ، بلا إشكال .

وأما غيرها ، فالظاهر : الإتيان بها أيضا ، لأن الصديق كان يطول القراءة فى الصبح حتى تطلع الشمس .

قال : ويحتمل أن لا يأتى بها ، إلا إذا أدرك الركعة .

قال الإسنوى : وفيما قاله نظر .

ومنها : لو ضاق الماء والوقت ، عن استيعاب سنن الوضوء . وجب الاقتصار على الواجبات، صرح به النووى فى شرح التنبيه .

ومنها : لو اجتمع فى الإمامة الأفقه ، والأقرأ ، والأورع والأصح : تقديم الأفقه عليهما، لاحتياج الصلاة إلى مزيد الفقه ، لكثرة عوارضها ، وقيل : بالتساوى لتعادل الفضيلتين .

ولو اجتمع السن والنسب ، فالأظهر : تقديم السن ، لأنه صفة فى نفسه ، والنسب صفة فى آبائه .

ولو اجتمعا مع الهجرة ، فالجديد : تقديمهما . واختار النووى : تقديم الهجرة عليهما وصححه فى المهذب .

ولو اجتمع الأعمى والبصير . فقيل : الأعمى أولى ، لأنه أخشع ، إذ لا ينظر إلى مايلهيه. وقيل : البصير ، لأنه أكثر تحفظا من النجاسات . والأصح : أنهما سواء لتعادلهما .

ولو اجتمع فى صلاة الجنازة الحر البعيد ، والعبد القريب ، والحر غير الفقيه ، والعبد والفقيه فالأصح فيهما تقديم الحر .

والثالث : يستويان ، لتعادلهما .

وقريب من هذه المسائل : الخصال المعتبرة فى الكفاءة ، هل يقابل بعضها ببعض ؟ الأصح : المنع ، فلا يكافئ رقيق عفيف : حرة فاسقة ، ولا حر معيب : رقيقة سليمة ، ولا عفيف دنئ النسب : فاسقة شريفة .

وفى نظير المسألة من القصاص : لاتقابل جزما ، فلا يقاد عبد مسلم بكافر حر ، بلا خلاف .

ضابط : لا يقدم فى التزاحم على الحقوق أحد ، إلا بمرجح .

وله أسباب :

أحدها : السبق ، كجماعة ماتوا ، وهناك ما يكفى أحدهم ، قدم أسبقهم موتا .

والمستحاضة : ترى الدم بصفتين مستويتين ، فيرجح الأسبق .

وكالازدحام فى الدعوى ، والإحياء ، والدرس .

ولو وكل رجلا فى بيع عبده ، وآخر فى عتقه ، قال الديلى : من سبق فله الحكم .

ثانيها : القوة ، فلو أقر الوارث بدين ، وأقام الآخر بينة بدين ، والتركة لا تفى بهما قال صاحب الإشراف : يقدم دين البينة .

ثالثها : القرعة فى مواضع كثيرة ، كازدحام الأولياء فى النكاح ، والعبيد فى العتق ، والمقتصين فى الجانى عليهم معا .

القول فى ثمن المثل

وأجرة المثل ، ومهر المثل ، وتوابعها

أما ثمن المثل : فقد ذكر فى مواضع :

فى شراء الماء فى التيمم ، وشراء الزاد ، ونحوه فى الحج ، وفى بيع مال المحجور ، والمفلس والموكل ، والممتنع من أداء الدين ، وتحصيل المسلم فيه ، ومثل المغصوب ، وإبل الدية ، وغيرها .

ويلحق بها ، كل موضع اعتبرت فيه القيمة ، فإنها عبارة عن ثمن المثل .

ونبدأ بذكر حقيقته ، فنقول :

يختلف باختلاف المواضع . والتحقيق أنه راجع إلى الاختلاف فى وقت اعتباره ، أومكانه .

الموضع الأول : التيمم

فذكروا فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه أجرة نقل الماء إلى الموضع الذى هذا المشترى فيه .

ويختلف ذلك ببعد المسافة وقربها .

الثانى : أنه قيمة مثله فى ذلك الموضع ، فى غالب الأوقات ، فإن الشربة الواحدة فى وقت عزة الماء ، يرغب فيها بدنانير .

فلو كلفناه شراءه بقيمته فى الحال ، لحقته المشقة والحرج .

الثالث : أنه قيمة مثله فى ذلك الموضع فى تلك الحالة ، فإن ثمن المثل يعتبر حالة التقويم .

وهذا هو الصحيح عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع الدارمى وجماعة من العراقيين ونقله الإمام ، عن الأكثرين .

قال : والوجه الأول بناه قائلوه على أن الماء لا يملك ، وهو وجه ضعيف .

قال : والثانى أيضا ليس بشىء .

قال : وعلى طريقة الأكثرين الأقرب ، أن يقال لا يعتبر ثمن الماء عند الحاجة إلى سد الرمق ، فإن ذلك لا ينضبط ، وربما رغب فى الشربة حينئذ بدنانير ، ويبعد فى الرخص .

والتحقيقات : أن يوجب ذلك على المسافر ، ولكن يعتبر الزمان والمكان ، من غير انتهاء الأمر إلى سد الرمق .

الموضع الثانى : الحج

جزم الأصحاب بأن ثمن المثل للزاد والماء : القدر اللائق به فى ذلك المكان ، والزمان .

هكذا : أطلقه عنهم الشيخان .

قال ابن الرفعة : وهذا الإطلاق إنما يستمر فى الزاد .

أما الماء : فينبغى جريان الأوجه المذكورة فى التيمم فيه .

قال : ويحتمل أن لا يجرى الوجه القائل بقيمة الماء فى غالب الأحوال فيه ، وإنما جرى فى التيمم لتكرره .

وفى الوافى : ينبغى اعتبار ثمن المثل بما جرت به غالب العادة من ماضى السنين ، فإن وجد بمثله لزمه ، وإلا فلا ، وإن عرض فى الطريق غلاء ، ويبيع بأكثر من ثمن مثله ، فله الرجوع .

أما إذا كانت العادة غلاء ثمن الماء والزاد ، فيلزمه الحج .

قال : ويمكن أن يقال : كل سنة تعتبر بنفسها . لكن يعسر معرفة مقدار الثمن والزيادة قبل البلوغ إلى المنهل .

الموضع الثالث

الطعام والشراب حال المخمصة

وثمن المثل فيه : هو القدر اللائق به فى ذلك الزمان والمكان قطعا ، وكذا ثمن مثل السترة ، والرقبة فى الكفارة ، والمبيع بوكالة ، أونحوها . والمسروق يعتبر فيه حال الشراء والبيع ، والسرقة ، ومكانه قطعا .

الموضع الرابع

المبيع : إذا تخالفا ؛ وفسخ ، كان تالفا يرجع إلى قيمته .

وفى وقت اعتبارها . أقوال ، أو وجوه .

أصحها : يوم التلف ، لأن مورد الفسخ : هو العين ، والقيمة بدل عنها ، فإذا فات الأصل تعين لنظر فى القيمة إلى ذلك الوقت .

ولثانى : يوم القبض ، لأنه وقت دخول المبيع فى ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقص ، فهو فى ملكه .

والثلث : أقلهما ، لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت فى ملك المشترى ، وإن كانت يوم القبض أقل ، فهو يوم دخوله فى ضمانه .

والرابع : أكثر القيم من القبض إلى التلف ، لأن يده يد ضمان .

والخامس : أقلها ، من العقد إلى القبض .

الموضع الخامس

اطلع فى المبع على عيب ، واقتضى الحال الرجوع بالأرش ، وهوجزء من ثمنه باعتبار القيمة .

وفى اعتبارا طريقان :

المذهب : القطع باعتبار أقل قيمة من البيع إلى القبض لما تقدم فى تعليل الثالث فى المسألة قبله .

والثانى ؛ فيه أقوال .

أحدها : هذا .

والثانى : يوم البيع ، لأن الثمن قابل المبيع يومئذ .

والثالث : يوم القبض لما تقدم .

تنبيه : قولى « أقل قيمة » تبعت فيه عبارة المنهاج ؛ وظاهرها : اقتضاء اعتبار النقصان الحاصل بين العقد والقبض ، وقد صرح به فى الدقائق .

قال الإسنوى : وهوغريب ، فإنه ليس محكيا فى أصوله المبسوطة ، وجها ، فضلا عن اختياره.

وعبارة الروضة والشرحين : أقل القيمتين .

قال : وأيضا فلأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبله ، لا يثبت للمشترى به الخيار فكيف يكون مضمونا على البائع ؟ .

نعم يوافق الأول قول الروضة وأصلها ، فما إذا تلف الثمن ، ورد المبيع بعيب ، أو نحوه ، أنه يأخذ مثله ، أو قيمته أقل ما كانت : من العقد ، إلى القبض ، ولا فرق بينهما .

وهذا هو الموضع السادس .

الموضع السابع

إذا تقايلا ، والمبيع تالف ، فالمعتبر : أقل القيمتين ؛ من يوم العقد ، والقبض .

كذا جزم به فى أصل الروضة .

الثامن

السلم فيه

إذا قلنا : يأخذ قيمته للحيلولة ، فيعتبر يوم المطالبة بالوضع الذى يستحق فيه التسليم . كما صححه فى الروضة من زوائده .

وجزم الرافعى باعتبار بلد العقد .

التاسع

القرض

إذا جاز له أخذ القيمة بأن كان فى موضع لا يلزمه فيه زيادة المثل ، وتعتبر قيمة بلد القرض يوم المطالبة .

وإذا قلنا إنه يرد فى النقوم القيمة ، فالمعتبر قيمة يوم القبض . إن قلنا يملك به ، وكذا إن قلنا : يملك بالتصرف ، فى وجه .

وفى آخر : أكثر قيمة من القبض إلى التصرف ، وهو الأصح فى الشرحين ، وشرح الوسيط على هذا .

العاشر

المستعار إذا تلف

وفى اعتباره أوجه :

أصحها قيمة يوم التلف . إذ لو اعتبرت يوم القبض أو الأقصى ، لأدى إلى تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال ، وهو مأذون فيها .

والثانى : يوم القبض ، كالقرض

والثالث : أقصى القيم : من القبض إلى التلف ، كالغصب . لأنها لو تلفت فى حال الزيادة لأوجبنا قيمته تلك الحالة .

الحادى عشر

المقبوض على جهة السوم . إذا تلف ، وفيه الأوجه فى المستعار

لكن قال الإمام : الأصح فيه قيمة يوم القبض . وقال غيره : الأصح يوم التلف ،

الثانى عشر

المغصوب إذا تلف ، وهو متقوم

فالمعتبر : أقصى قيمه من الغصب إلى التلف بنقد البلد الذى تلف فيه ، لا أعلم فيه خلافا .

وقولنا « بنقد البلد الذى تلف فيه » كذا أطلقه الرافعى ، وهو محمول على ما إذا لم ينقله . فإن نقله قال فى الكفاية : يتجه أن يعتبر نقد البلد الذى تعتبر القيمة فيه ، وهو أكثر البلدين قيمة ؛ كما فى المثلى إذا نقله ، وفقد المثل . فإن غلب نقدان وتساويا : عين القاضى واحدا ؛ وإن كان مثليا ، وتعذر المثل أخذ القيمة .

وفى اعتبارها : أحد عشر وجها .

أصحهما : أقصى القيم من الغصب إلى تعذر المثل ، لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب .

لأنه كان مأمورا بتسليمه ، كما كان مأمورا بتسليم العين ؛ فإذا لم يفعل . غرم أقصى قيمة فى المدتين ؛ كما أن المتقوم يضمن بأقصى قيمة لذلك ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل ، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم .

والثانى : أقصاها من الغصب إلى التلف .

والثالث : الأقصى من التلف إلى التعذر .

وهما مبنيان على أن الواجب عند إعواز المثل : قيمة المغصوب لأنه الذى تلف على المالك أو قيمة المثل ، لأنه الواجب عند التلف .

وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره ، وفيه وجهان .

والرابع : الأقصى من الغصب إلى المطالبة بالقيمة لأن المثل لا يسقط بالإعواز بدليل أن له أن يصبر إلى وجدانه .

والخامس : الأقصى من التعذر إلى المطالبة ، لأن التعذر هو وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة ، فيعتبر الأقصى يومئذ

والسادس : الأقصى من التلف إلى المطالبة . لأن القيمة تجب حينئذ .

والسابع : قيمة يوم التلف ، قال فى المطلب ولعل توجيهه أن الواجب قيمة المثل على رأى ، فيعتبر وقت وجوبه ، لأنه لم يتعد فى المثل ، وإنما تعدى فى المغصوب ، فأشبه العارية .

والثامن : قيمة يوم التعذر ، لأنه وقت العدول إلى القيمة .

والتاسع ، يوم المطالبة ، لأن الإعواز حينئذ يتحقق .

والعاشر : إن كان منقطعا فى جميع البلاد ، فقيمته يوم التعذر ، وإن فقد هناك فقط ، فقيمته يوم المطالبة .

والحادى عشر : قيمته يوم أخذ القيمة ، حكاه الرافعى عن الشيخ أبى حامد ، وتوقف فيه.

وقال الإسنوى : إنه ثابت ، فقد حكاه عنه تلميذاه ، البندنيجى وسليم الرازى .

وحكى ابن الرفعة فى الكفاية : وجها ثانى عشر وهو ، اعتبار الأقصى من الغصب إلى يوم الأخذ ، ورجع عنه فى المطلب .

قال السبكى : وذلك لكونه غير منقول صريحا ولكنه ينشأ من كلام الأصحاب .

قال : وربما يترجح على سائر الوجوه ، فلا بأس بالمصير إليه ، انتهى .

هذا إن كان التلف ، والمثل موجود ، فإن كان والمثل متعذر .

قال الرافعى : فالقياس أن يجب على الأول والثانى الأقصى من الغصب إلى التلف .
وعلى الثالث والسابع والثامن يوم التلف .
وعلى الخامس الأقصى من التلف إلى المطالبة والأوجه الباقية بحالها .
وهذه المسألة من مفردات المسائل ، لكثرة ما فيها من الأوجه .

الموضع الثالث عشر

التلف بلا غصب ، والمعتبر قيمته يوم التلف

لا أعلم فيه خلافا ، إلا إن كان تلفه سراية جناية سابقة ، فالمعتبر الأقصى منها ، نقله الرافعى عن القفال ، وأقره وجزم به فى المنهاج .
فإن كان مثليا ، وهو موجود ، ولم يسلمه حتى تعذر ، فعلى الوجه الثانى قيمته يوم الإتلاف ، وعلى الأول والثالث ، الأقصى من الإتلاف إلى التعذر وعلى الرابع ، من الإتلاف إلى المطالبة.
والقياس عود الأوجه الباقية ، أو والمثل متعذر .
فعلى الأول والثانى والثالث والسابع والثامن ، قيمة يوم الإتلاف .
وعلى الرابع والخامس والسادس ، الأقصى من الإتلاف إلى المطالبة .
وعلى التاسع يوم المطالبة .
وعلى العاشر ، إن كان مفقودا فى جميع البلاد ، فيوم الإتلاف ، وإلا فيوم المطالبة .

الرابع عشر

المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف

والأصح ، أنه كالمغصوب ، يعتبر فيه الأكثر من القبض إلى التلف ، والثانى ، يوم القبض ، والثالث ، يوم التلف .

الخامس عشر

إبل الدية إذا فقدت

قال فى أصل الروضة : والمفهوم من كلام الأصحاب اعتبار قيمتها يوم وجوب التسليم .
وقال الرويانى : إن وجبت الدية والإبل مفقودة ، اعتبرت قيمتها يوم الوجوب وإن وجبت وهى موجودة ، فلم يؤد حتى أعوزت ، وجبت قيمتها يوم الإعواز .

وهل تعتبر قيمة موضع الوجود أو موضع الإعواز ، لو كان فيه إبل ؟ وجهان الأصح الثاني.

السادس عشر

إذا جنى على عبد أو بهيمة أو صيد ، ثم جنى عليه آخر ولم يمت .

فإن كان الثاني جنى بعد الاندمال ، لزم كلا نصف قيمته قبل جنايته . إن كانت الجناية بقطع يد العبد مثلا وإن كان قبل الاندمال لزم الثاني نصف ما أوجبنا على الأول ، لأن الجناية الأولى لم تستقر ، وقد أوجبنا نصف القيمة فكأنه انتقص نصف القيمة .

وإن مات من الجرحين — وكانت القيمة عند جرح الثاني ناقصة بسبب الأول — كأن جرح ماقيمته عشرة دنانير جراحة ، أرشها دينار ، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار ففي الواجب عليهما ستة أوجه .

الأول : على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثاني أربعة ونصف ، لأن الجرحين سريا . وصارا قتلا ، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ، قاله ابن سريج .

وضعفه الأئمة : بأن فيه ضياع نصف دينار على المالك .

الثاني : قاله المزني وأبو إسحاق والقفال ، يلزم كل واحد خمسة .

فلو نقصت جناية الأول دينارا والثاني دينارين ، لزم الأول أربعة ونصف ، والثاني خمسة ونصف أو نقصت الأولى دينارين والثانية دينارا فعكسه .

وضعف بأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال جنايتهما .

الثالث : يلزم الأول خمسة ونصف والثاني خمسة لأن جناية كل واحد نقصت دينارا ثم سرتا ، والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسا فيسقط عن كل واحد نصف الأرش لأن الموجود منه نصف القتل .

وضعف بأن فيه زيادة الواجب على قيمة المتلف .

الرابع : قاله أبو الطيب بن سلمة ، يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ونصف الأرش ، لكن لا يزيد الواجب على القيمة فيجمع مالزمهما تقديرا ، وهو عشرة ونصف وتقسم القيمة — وهي عشرة — على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما فتبسط أنصافا فيكون أحدا وعشرين ، فيلزم الأول أحد عشر جزءا من أحد وعشرين جزءا من عشرة ويلزم الثاني عشرة من أحد وعشرين جزءا من عشرة .

وضعف بإفراد أرش الجناية عن بدل النفس .

الخامس : قاله صاحب التقريب وغيره ، واختاره الإمام والغزالي يلزم الأول خمسة ونصفا والثاني أربعة ونصفا ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا مالزم الثاني ، والثاني إنما جنى على نصف مايساوي تسعة .

السادس : قاله ابن خيران واختاره صاحب الإفصاح وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين ، فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه مافوت وهو عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، وعلى الثاني : تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة :

الموضع السابع عشر

سراية العتق

إن قلنا : تحصل باللفظ أو التبيين ، اعتبرت قيمة يوم الإعتاق .

وإن قلنا : بالأداء فهل تعتبر قيمة يوم الإعتاق أو الأداء أو الأكثر منه إليه ؟ أوجه أصحها الأول .

الموضع الثامن عشر

العبد إذا جنى ، وأراد السيد فداءه

قال البغوي : النص اعتبار قيمته يوم الجناية .

وقال القفال : ينبغي أن يعتبر يوم الفداء ، لأن مانقص قبل ذلك لايؤاخذ به السيد . وحمل النص على ما إذا سبق من السيد منع من بيعه ثم نقص .

وأما المستولدة : إذا جنت ، فالأصح اعتبار قيمتها يوم الجناية ، والثاني : يوم الاستيلاد .

التاسع عشر

قيمة الولد إذا وجبت

تعتبر يوم وضعه ، ويجب في صور .

منها : إذا غر بحرية أمة وولدت منه ، أو وطئ أمة غيره بشبهة أو وطئ أمته المرهونة وأحبلها .

العشرون

الجنين الرقيق : فى إجهاضه عشر قيمة الأم

وفى اعتبارها وجهان :

أحدها : قيمة يوم الإجهاض ، والأصح أكثرما كانت من الجناية إلى الإجهاض .

أما جنين البهيمة : إذا ألقته حيا بجناية ثم مات فهل تجب قيمته حيا أو أكثر الأمرين من قيمته ومن نقص الأم بالولادة ؟ فيه قولان فى النهاية .

الحادى والعشرون

قيمة الصيد المتلف : فى الحرم أو الإحرام

يعتبر بمحل الإتلاف ، وإلا فبمكة يومئذ لأن محل الذبح مكة ، وإذا اعتبرت بمحل الإتلاف ؟ فهل يعتبر فى العدول إلى الطعام : سعره هناك أو بمكة ؟ احتمالان للإمام .

والظاهر : الثانى .

الثانى والعشرون

قيمة اللقطة ، إذا جاء صاحبها بعد التملك هى تالفة

ويعتبر يوم التملك .

الثالث والعشرون

قيمة جارية الابن إذا أحبلها الأب بوطئه

ولم يصرح الشيخان بوقت اعتبارها والذى يفهم من كلامهم أنها لاتعتبر وقت الإيلاج لإيجابهم المهر معها ، بل يعتبر وقت الحكم بانتقالها إلى ملكه وفيه وجهان :

أحدها : قبيل العلوق ، نقلاه عن ترجيح البغوى .

والثانى : معه واختاره الإمام وتابعه النووى فى التنقيح .

الرابع والعشرون

قيمة المعجل فى الزكاة إذا ثبت الاسترداد وهو تالف

والمعتبر يوم القبض ، على الأصح .

والثانى : يوم التلف .

والثالث : أقصى القيم .

الخامس والعشرون

قيمة الصداق : إذا تشطر وهو تالف أو معيب

ولم يصرحوا بوقت اعتباره .

والجارى على القواعد

اعتبار وقت الطلاق ، لأنه وقت العود إلى ملكه ، والزيادة قبله على ملكها لاتعلق له بها.

ضابط : حاصل ماتقدم : أنه جزم باعتبار وقت التلف فى الإتلاف بلاغصب ، وفى معناه: إحبال أمة الولد ، كما قسته والإعتاق .

وباعتبار يوم القبض فى اللقطة .

وباعتبار الأقصى فى الغصب .

وباعتبار الأقل فى الإقالة ، وثمن المردود بالعيب .

وباعتبار المطالبة فى القرض المثلى .

وباعتبار الوجوب فى الولد والصداق ، كما قسته .

وصحح الأول فى التحالف والمستعار والمستام .

وصحح الثانى فى معجل الزكاة .

وصحح الثالث فى البيع الفاسد ، والجنين والرقيق .

وصحح الرابع فى الرجوع بالأرش .

وصحح الخامس فى السلم .

وصحح السادس فى إبل الدية والعبد الجانى والمستولدة الجانية .

فاحفظ هذه النظائر فإنك لاتجدها مجموعة فى غير هذا الموضع .

ما يجب تحصيله

بأكثر من ثمن المثل ، ومالايجب ومايجب بيعه بأقل منه ومالا

قال بعض المتأخرين : الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لاأثر لها فى كل الأبواب ، إلا فى التيمم

إذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن مثله ، لم يلزمه مطلقا فى الأصح .

قال فى الخادم : ومثله شراء الزاد ونحوه فى الحج .

وأما الزيادة الكثيرة ، وهى التى لايتغابن الناس بمثلها ، ففيها فروع :

الأول : المسلم فيه يجب تحصيله ولو بأكثر من ثمن المثل إذا لم يوجد إلابه ، ولا ينزل ذلك منزلة الانقطاع ، جزم به الشيخان .

قال السبكى فى فتاويه : وعلى قياسه إذا لم يوجد من يشترى مال المديون ، إلا بدون قيمته، يجب بيعه والوفاء منه .

الثانى : إذا تلف المغصوب المثلى ، ولم يوجد مثله إلا بأكثر من ثمن المثل .

ففى وجوب تحصيله وجهان ، رجح كلا منهما مرجحون .

وصحح النووى عدم الوجوب ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم ، كالرقبة وماء الطهارة.

وتخالف العين حيث يجب ردها ، وإن لزم فى مؤنتها أضعاف قيمتها ، فإنه تعدى فيها دون المثل .

قال السبكى : وفى تصحيحه نظر لتعديه .

الثالث : لو أسلم عبد لكافر ، أمر بإزالة الملك عنه ، ولو لم يجد من يشتريه إلا بأقل من ثمن المثل ، مما لايتغابن به ؟ لم يرهق إليه ، لأنه لم يلتزم بخلاف المسلم ، والغاصب ، والمديون .

ولو اشترى الكافر عبدا مسلما . وقلنا يصح ، ويؤمر بإزالة الملك .

قال ابن الرفعة : فلا يرهق للبيع بأقل . ويحال بينه وبينه إلى أن يتيسر من يشتريه بثمن مثله ، أو يزيل ملكه عنه .

كذا ذكره فى المطلب ، فى فرع من غير نقل عن أحد .

قال السبكى : وفيه نظر يحتمل أن يقال به ، كما إذا أسلم فى يده ، وإن كنت لم أره منقولا أيضا ؟ ويحتمل أن يقال : إنه بالشراء متعرض لالتزام إزالته .

الرابع : الرقبة فى الكفارة ، لايلزم شراؤها بأكثر من ثمن المثل ، على المذهب ، واختار البغوى خلافه .

الخامس : إبل الدية ، إذا لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل .

لايجب تحصيلها ، بل يعدل إلى قيمتها ، كذا جزم به الشيخان .

وبحث بعضهم : أن يجرى فيها خلاف الغاصب .

قال البلقيني : ولعل الفرق ، أن تعدى القاتل ، إنما هو فى النفس ، وليست الدية مثل ما أتلف ، بخلاف صورة الغصب ، فإن المثلى مثل ماتعدى فيه ، فأتلفه .

قال . فلو كانت الزيادة يسيرة ، فيحتمل الوجوب ،ويحتمل خلافه . كالتيمم ،

قال : والأول أقرب .

ومن نظائر هذه الفروع

لو طلب الأجير فى الحج أكثر من أجرة المثل ، لم يجب استئجاره ؛ جزموا به .

ومنها : لو لم يجد إلا حرة ، تطلب أكثر من مهر مثلها . جاز له نكاح الأمة على ما قاله المتولى ، ووافقه آخرون ، وصححه فى الروضة من زوائده .

وقال البغوى : لاينكح الأمة .

وقال الإمام ، والغزالى : إن كانت زيادة يعد بذلها إسرافا حلت الأمة وإلا فلا .

وفرقوا بينه وبين الماء فى التيمم : بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا الناكح لا يعد مغبونا .

وتشبه هذه الترجمة . ما يجب نقله ، وما لا يجب

وفيه فروع :

الأول : المسلم فيه . يجب نقله إن كان قريبا . وفى ضبط القرب خلاف .

الأصح : يجب نقله مما دون مسافة القصر .

والثانى : من مسافة ، لوخرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلا .

هذا فى محل يجب التسليم .

فلو طولب فى غيره ، فالأصح وجوبه ، إن لم يكن لنقله مؤنة ، والمنع إن كان .

الثانى : القرض ، وهو كالسلم فيما ذكر .

الثالث : الغصب ، وهو كالسلم أيضا ، فيجب نقله مما ينقل منه المسلم إليه .

ولو طولب بالمثل فى غير بلد الإتلاف ، كلف نقله . إن لم يكن له مؤنة ، وإلا فلا على الأصح .

الرابع : المتلف بلا غصب ، وهو كذلك .

الخامس : إبل الدية ، يجب نقلها إن قربت المسافة . لا إن بعدت .

قال فى الروضة وأصلها : وضبطه بعضهم بمسافة القصر .

وقال الإمام : إن زادت مؤنة إحضارها مع القيمة على قيمتها فى موضع الغرة لم يلزم نقلها، وإلا لزم .

وضبطه المتولى : بالحد المعتبر فى السلم ، وهو معنى ضبطه بمسافة القصر . فإنه الأصح فيه، كما سبق والحاصل : أن الفروع الخمسة على حد سواء .

فرع : لو قال المغصوب منه : لا آخذ القيمة ، بل أنتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله فى البيان. كذا فى زوائد الروضة .

قال : ويحتمل أن يجىء فيه الخلاف ، فى أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر؟ ويمكن الفرق . انتهى .

ونظيره فى السلم . لو انقطع المسلم فيه . فقال المسلم أصبر ، حتى يوجد ، وإلا أفسخ أجيب على الصحيح ، وفى القرض كذلك .

وفى الدية : لو قال المستحق عند إعواز الإبل لا أطالب الآن بشىء وأصبر إلى أن توجد .

قال الإمام : فالظاهر أن الأمر إليه ؛ لأن الأصل هو الإبل ، ويحتمل أن يقال ، لمن عليه أن يكلفه قبض ما عليه ، لتبرأ ذمته .

فالفروع الخمسة على حد سواء ، فى ذلك أيضا .

فرع آخر

قال الإمام : لم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم ، ثم وجدت الإبل يرد الدراهم ، ويرجع إلى الإبل ، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل فى الغصب ، والإتلاف لإعواز المثل؛ ثم وجد ، ففى الرجوع إلى المثل خلاف .

والأصح فيهما أيضا ، عدم الرجوع .

وفى القرض : إذا أخذ القيمة فى بلد ، لا يلزمه فيها أداء المثل ، ثم عاد إلى مكانه ، لا رجوع أيضا ، على الأصح .

وكذا فى السلم ، إن قلنا بأخذ القيمة فى هذه الصورة .

فهذه النظائر الخمسة قد استوت فى الأحكام الثلاثة: وجوب النقل من قرب، دون بعد ، وإجابة المستحق إلى الصبر ، وعدم الرجوع إن لم يصبر ، وأخذ القيمة ، واستواء السلم ، والقرض ، والغصب ، والإتلاف على المختار فى وجوب التحصيل بأكثر من ثمن المثل

وفارقها فى ذلك : الدية .

فروع : من نظائر الفروع الخمسة المذكورة ، فى عدم الرجوع عند أخذ القيمة للتعذر :

ما لو كان له يدان عاملتان ، ولم تعرف الزائدة ، فقطع قاطع إحداهما ، فلا قصاص .

ويجب فيها : نصف دية اليد ، وزيادة حكومة .

فلو عاد الجانى ، فقطع الأخرى ، فأراد المجنى عليه القصاص ، لإمكانه حينئذ ورد ما أخذه غير قدر الحكومة ، فهل له ذلك ؟ وجهان .

أحدهما : لا ، لأنه أسقط بعض القصاص ، فلا عود إليه .

والثانى : نعم ، لأن القصاص لم يكن ممكنا ، وإنما أخذ الأرش لتعذره ، لا لإسقاطه .

كذا فى الروضة وأصلها بلا ترجيح .

قلت : أصحهما الثانى .

قاعدة : كل المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف . إلا الصيد المثلى ، فإنه تعتبر فيه قيمة مثله .

واختلف فى الغصب والدية .

وقد آل بنا القول إلى عقد فصلين مهمين

الأول فى التقويم

وسيأتى : أنه لا يكفى تقويم واحد ، والذى يذكر هنا من أحكامه أمران :

أحدهما : أنه خاص بالنقد ، فلا تقويم بغير النقد المضروب ، ولهذا لو سرق وزن ربع من ذهب خالص غير مضروب ، كسبيكة ، وحلى ، ولا يبلغ ربعا مضروبا بالقيمة فلا قطع فى الأصح ، كما لو سرق من غير الذهب ما يساوى ربعا من المضروب ، ولا يساويه من المضروب .

وبنقد البلد فى أكثر المواضع ، بل كلها . وإنما يقع الاختلاط فى أى بلد يعتبر ؟

وقد تقدم الكلام فى الأمثلة ، وبقى الكلام فى تقويم عروض التجارة .

فإن كان المشترى به نقدا . قوم به سواء كان نصابا ، أم دونه .

وفى الثانية : وجه أنه يقوم بغالب نقد البلد ، وحكى قولا فى الأولى .

ولو ملكه بالنقدين ، قوم بهما بنسبة التقسيط ، أو بغير نقد قوم بغالب نقد البلد .

فإن غلب نقدان ، واستويا . فإن بلغ بأحدهما نصابا ، دون الآخر قوم به .

وإن بلغ بهما : فأوجه .

أحدها : يقوم بالأغبط للفقراء ، وصححه فى المحرر والمنهاج .

والثانى : يتخير المالك ، فيقوم بما شاء ، وصححه فى أصل الروضة ، أخذا من حكاية الرافعى عن العراقيين والرويانى .

قال فى المهمات : وبه الفتوى .

والثالث : يتعين التقويم بالدراهم ، لأنها أرفق .

والرابع : يقوم بغالب نقد أقرب البلاد إليه .

ونظير هذا الفرع :

ما إذا اتفق العرضان ، كمائتى بعير ، واجبها أربع حقاق ، أو خمس بنات لبون .

فإن وجد بماله أحدهما أخذ ، ولا يكلف الحقاق على المذهب ، وإن فقدا . فله تحصيل ماشاء ، ولا يتعين الأغبط على الأصح .

وإن وجد تعين الأغبط على الصحيح .

ضابط :لاتقوم الكلاب ، إلا فى الوصية ، على قول .

ولا الحر ، إلا فى الجنايات ، فيقدر رقيقا للحكومة .

ولا الخمر والخنزير فى الأصح .

وفى قول : يقومان فى الصداق .

فقيل : يعتبر قيمتهما عند من يرى لهما قيمة .

وقيل : يقدر الخمر خلا ، والخنزير : شاة .

الأمر الثانى

إذا اختلف المقومون ، بم يؤخذ ؟

فيه فروع

منها : إذا شهد عدلان بسرقة ، فقوم أحدهما المسروق نصابا ، والآخر دونه ، فلاقطع للشبهة وأما المال : فإن رضى بأقل القيمتين ، فذاك . وله أن يحلف مع الذى شهد بالأكثر ويأخذه . ولو شهد بأنه نصاب ، وقوم آخران بدونه ، فلا قطع .

ويؤخذ فى الغرم بالأقل ، وله مأخذان .

أحدهما — وهو الأظهر — أن الأقل متيقن ، والزائد مشكوك فيه ، فلا يلزم بالشك .

والثانى : أن التى شهدت بالأقل ، ربما اطلعت على عيب .

ومنها : سئل ابن الصلاح عن ملك اليتيم ، احتيج إلى بيعه . فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون ، فباعه القيم بذلك ، وحكم الحاكم بصحة البيع ، ثم قامت بينة أخرى بأن قيمته حينئذ مائتان . فهل ينقض الحكم ، ويحكم بفساد البيع ؟ .

فأجاب — بعد التمهل أياما ، والاستخارة — أنه ينقض الحكم ، لأنه إنما حكم بناء على البينة السالمة عن المعارضة بالبينة التى مثلها . وأرجح .

وقد بان خلاف ذلك ، وتبين استناد مايمنع الحكم إلى حالة الحكم ، فهو كما قطع به صاحب المهذب ، من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة ، فانتزعت العين منه ، ثم أتى صاحب اليد ببينة ، فإن الحكم ينقض لمثل العلة المذكورة ، وهذا بخلاف ما لو رجع الشاهد بعد الحكم ، فإنه لم يتبين استناد مانع إلى حالة الحكم . لأن قول الشاهد متعارض وليس أحد قوليه بأولى من الآخر اه .

ونازعه فى ذلك السبكى فى فتاويه ، ومنع النقض .

قال : لأن التقويم حدس وتخمين ، ولا يتحقق فيه التعارض إلا إذا كان فى وقت واحد .

وإن سلمنا المعارضة . فهى معارضة للبينة المتقدمة ، وليست راجحة عليها ، حتى تكون مثل مسألة المهذب . وكيف ينقض الحكم بغير مستند راجح ؟ . ومعنا بينتان متعارضتان من غير ترجيح ، فهو كما لو وجد دليلان متعارضان فى حكم ، ليس لنا أن ننقضه .

ولا يقال : إن تعارض الدليلين مانع من الإقدام على الحكم ، فيكون موجبا لنقضه .

لأنا نقول : ليس كل مامنع الابتداء منع الدوام .

وأيضا : قد يكون ترجح عند الحاكم أحدهما . فحكم به لرجحانه عنده .

وكما أنه لا يقدم على الحكم إلا بمرجح . لا نقدم نحن على نقضه إلا بمرجح ، ولم يوجد .

وقوله : وقد بان خلافه ممنوع . لم يبن خلافه . بل أكثر مافيه أنه أشكل الأمر علينا ، ولا يلزم من إشكال الأمر علينا أن نوجب النقض .

ثم نبه على أنه لو قامت بينتان متعارضتان ، واحتاج اليتيم إلى البيع . فالوجه أنه

يجوز البيع بالأقل ، مالم يوجد راغب بزيادة ، بعد إشهاده ، والقول قول القيم فى أنه أشهده ، لأنه أمين .

قال : والقول قوله : فى أن ذلك ثمن المثل . كما أن الوكيل ، وعامل القراض ، والبائع على المفلس ، إذا باعوا ليس لهم أن يبيعوا إلا بثمن المثل .

ولو ادعى عليهم : أنهم باعوا بأقل من ثمن المثل ، فالقول قولهم فيما يظهر لنا ، وإن لم نجده منقولا ؛ لأنهم منا .

قال : ولا يرد على هذا قول الأصحاب : إن الصبى إذا بلغ وادعى على القيم والوصى بيع العقار بلا مصلحة فالقول قوله .

لأنا نقول : إنما يكلف القيم والوصى إقامة البينة على المصلحة التى هى مسوغة للبيع كما يكلف الوكيل إقامة البينة على الوكالة .

وأما ثمن المثل : فهو من صفات البيع ، فإذا ثبت أن البيع جائز قبل قوله فى صفته ، ودعوى صحته ، ولا يقبل قول من يدعى فساده اهـ .

تنبيه : هذه المسألة : يصلح إيرادها فى قاعدة التقويم ، كما صنعنا ، وفى قاعدة « يغتفر فى الدوام ، ما لا يغتفر فى الابتداء » ، وفى قاعدة « تصديق مدعى الصحة » .

وفى فتاوى السبكى أيضا : أنه سئل عن رجل عليه دين مائتا درهم ، ورهن عليه كرما وحل الدين وهو غائب ، وأثبت صاحب الدين : الإقرار ، والرهن ، والقبض ، وغيبة الراهن المديون ، وندب الحاكم من قوم المرهون وثبت عنده أن قيمته مائتا درهم ، فأذن فى تعويضه للمرتهن عن دينه ، ثم بعد مدة قامت بينة أن قيمته يوم التعويض ثلثمائة ، وكان يوم التعويض يوم التقويم الأول .

فأجاب ، يستمر التعويض ، ولا يبطل بقيام البينة الثانية مهما كان التقويم الأول محتملا .

الفصل الثانى

فى تقسيم المضمونات

اعلم أن الأصل فى المتلفات ضمان المثل بالمثل ، والمتقوم بالقيمة .

وخرج عن ذلك صور ، تعرف مما سنذكره .

والحاصل : أن المضمونات أنواع .

الأول : الغصب : فالمثل فى المثلى، والقيمة فى المتقوم ، لا أعلم فيه خلافا .

الثانى

الإتلاف بلا غصب ، وهو كذلك

وخرج عنهما صور :

أحدها : المثلى الذى خرج مثله عن أن تكون له قيمة ، كمن غصب أو أتلف ماء فى مفازة ، ثم اجتمعا على شط نهر ، أو فى بلد ، أو أتلف عليه الجمد فى الصيف ، واجتمعا فى الشتاء ، فليس للمتلف بذل المثل . بل عليه قيمة المثل . فى مثل تلك المفازة ؛ أو فى الصيف .

ثانيها : الحلى . أصح الأوجه : أنه يضمن مع صنعته بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، لأنه يجرى فى العقود ، لافى الغرامات .

ثالثها : الماشية إذا أتلفها المالك كلها بعد الحول ، وقبل إخراج الزكاة . فإن الفقراء شركاؤه ، ويلزمه حيوان آخر ، لا قيمته . جزم به الرافعى ، وغيره . بخلاف مالو أتلفها أجنبى .

رابعها . طم الأرض ، كما جزم به الرافعى ،

خامسها : إذا هدم الحائط ، لزمه إعادته لا قيمته ، كما هو مقتضى كلام الرافعى وأجاب به النووى فى فتاويه ، ونقله عن النص ،

سادسها : اللحم ، فإنه يضمن بالقيمة . كما صححه الرافعى وغيره فى باب الأضحية مع أنه مثلى .

سابعها : الفاكهة ، فإنها مثلية ، على ما اقتضاه تصحيحهم فى الغصب . والأصح : أنها تضمن بالقيمة .

ثامنها : لو صار المتقوم مثليا ، بأن غصب رطبا ، وقلنا إنه متقوم ، فصار تمرا وتلف .

قال العراقيون : يلزمه مثل التمر .

وقال الغزالى : يتخير بين مثل التمر ، وقيمة الرطب .

وقال البغوى : إن كان الرطب أكثر قيمة لزمه قيمته ، وإلا لزمه المثل .

قال السبكى : وهو أشبه .

وبقى صور متردد فيها

منها : لو سجر التنور ليخبز ، فصب عليه آخر ماء أطفأه ففيه أوجه ، حكاها الزبيرى فى المسكت ، وغيره .

أحدها : يلزمه قيمة الحطب ، وليس ما غصب ، ولا قيمته ، لأنه غصب خبزا .

وما أشبه هذا القول بما حكم به سليمان بن داود عليهما الصلاة والسلام في قصة صاحب الغنم التي أكلت زرع الرجل ، فحكم سيدنا داود عليه السلام لصاحب الزرع برقاب الغنم . فقال سليمان بل ينتفع بدرها ، ونسلها ، وصوفها إلى أن يعود الزرع كما كان بإصلاح صاحب الغنم ، فيردها إليه . وذلك معنى قوله تعالى (ففهمناها سليمان) .

والثاني : عليه أن يسجر التنور ، ويحميه كما كان .

والثالث : عليه قيمة الجمر .

والرابع : عليه الخبز .

واستشكل الأول ، بأنه لم يستهلك الحطب ، وإنما أتلف الجمر بعد خروجه ، فهو كمن أحرق ثوبا ليتخذ رماده حراقا ، فأتلفه رجل ، لا تجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق .

والثالث : بأن الجمر لا قيمة له معروفة ، ولا يكال ولا يوزن ،

قال الزبيرى . والأقرب ، وجوب قيمة الجمر ، لأن له قيمة .

ومنها : لو برد ماء في يوم صائف ، فألقى فيه رجل حجارة محماة ، فأذهب برده ،

ففي وجه : لا شيء عليه ، لأنه ماء على هيئته ، وتبريده ممكن .

وفي آخر : يأخذه المتعدى ، ويضمن مثله باردا .

وفي ثالث : ينظر إلى ما بين القيمتين في هذه الحالة ، ويضمن التفاوت . ذكره الزبيرى أيضا .

قلت : أحسنها الثالث .

ومنها : لو بل خيشا لينتفع به . فأوقد آخر تحته نارا ، حتى نشف .

قيل : لا شيء عليه ، سوى الإثم .

وقيل : عليه قيمة الماء الذى بل به .

وقيل : بل قيمة الانتفاع به مدة بقائه باردا .

قال الزبيرى : وهذا أعدلها .

النوع الثالث

المبيع إذا تقايلا ، وهو تالف ، فيه المثل في المثلى ، والقيمة في المتقوم . جزم به الشيخان .

الرابع

الثمن إذا تلف ورد المبيع بعيب أو غيره ، فيه المثل في المثلى ، والقيمة في المتقوم . جزما به أيضا .

الخامس

اللقطة : إذا جاء مالكها بعد التملك ، وهى تالفة . فيها المثل فى المثلى ، والقيمة فى المتقوم ، جزما به أيضا .

السادس

المبيع : إذا تخالفا وفسخ ، وهو تالف . أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فشمل المثلى وغيره ، وهو وجه صححه الماوردى .

والمشهور كما قال فى المطلب : وجوب المثل فى المثلى .

السابع

المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف ، أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فيشمل المثلى وغيره ؛ وهو وجه . صححه الماوردى .

وادعى الرويانى : الاتفاق عليه .

وقال فى المهمات : إنه غريب مردود .

والذى نص عليه الشافعى : وجوب المثل فى المثلى .

قال : وهو القياس .

وقال فى شرح المنهاج : إنه الصحيح ، وسبقه إلى ذلك السبكى .

الثامن

القرض ، وفيه : المثل بالمثلى . وكذا فى المتقوم على الأصح .

واستثنى الماوردى نحو الجوهر ، والحنطة المختلطة بالشعير .

إن جوزنا قرضهما ، فإنهما يضمنان بالقيمة ، وصوبه السبكى .

التاسع

ما أداه الضامن عن المضمون عنه ، حيث ثبت الرجوع ، فإن حكمه حكم القرض ، حتى يرجع فى مثل المتقوم صورة .

العاشر

العارية : أطلق الشيخان ، وجوب القيمة فيها ، فشمل المتقوم والمثلى ، وصرح بذلك الشيخ فى المهذب والماوردى .

وجزم ابن أبى عصرون فى كتبه كلها بوجوب المثل فى المثلى .

وقال فى بعضها إنه أصح الطريقين ، وصححه السبكى .

تنبيه : المستعار للرهن يضمن فى وجه ، حكاه الرافعى عن أكثر الأصحاب بالقيمة .

وفى وجه ، وصححه جماعة ، وصوبه النووى فى الروضة بما بيع به ، ولو كان أكثر من القيمة .

فيستثنى ذلك من ضمان العارية بالقيمة .

الحادى عشر

المستام ، وفيه القيمة مطلقا

الثانى عشر

المعجل فى الزكاة : إذا ثبت استرداده ، وهو تالف ، وفيه المثل ، أو القيمة ، جزم به الشيخان ، لكن صحيح السبكى : أنه يضمن بالمثل ، وإن كان متقوما .

الثالث عشر

الصداق : إذا تشطر ، وهو تالف : وفيه المثل ، أو القيمة ، جزم به الشيخان .

الرابع عشر

إذا تشطر وهو معيب فأطلق الشيخان وجوب نصف القيمة سليما .

قال فى المهمات : هذا فى المتقوم .

أما المثلى : ففيه نصف المثل صرح به ابن الصباغ وجزم به فى المطلب .

الخامس عشر

الصيد : إذا تلف فى الحرم أو الإحرام ، وفيه المثل صورة ، والقيمة فيما لا مثل له وسلب العامل فى صيد حرم المدينة على القديم ، واختاره النووى .

السادس عشر

لبن المصراة وفيه التمر ، لا مثله ، ولا قيمته .

قال بعضهم : ليس لنا شىء يضمن بغير النقد ، إلا فى مسألتين .

إحداها : لبن المصراة ، والأخرى : إذا جنى على عبد فعتق ، ومات ضمن للسيد الأقل من الدية ، ونصف القيمة من إبل الدية .

بيان المثلى والمتقوم

فى ضبط المثلى أوجه :

أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن .

ونقض بالمعجونات المتفاوتة الأجزاء ، وما دخلته النار ، والأوانى المتخذة من النحاس فإنها موزونة ، وليست مثلية .

الثانى: ما حصر بكيل أو وزن ، وجاز السلم فيه ، وهو الذى صححه فى المنهاج والروضة، وأصلها.

الثالث : كل مكيل وموزون جاز السلم فيه ، وبيع بعضه ببعض ، فيخرج منــــه الدقيق والرطب ؛ والعنب ، واللحم ، واللبن الحامض ، ونحوها .

الرابع : مايقسم بين الشريكين من غير تقويم .

ونقض بالأرض المتساوية ، فإنها تقسم ، وليست مثلية .

الخامس : مالا يختلف أجزاء النوع الواحد منه بالقيمة ، وربما قيل فى الجرم والقيمة ،

وهذا سرد المثليات:

الحبوب ، والأدهان والسمن ، والألبان ، والمخيض الخالص والتمر والزبيب ونحوها والماء، والنخالة والبيض والورق والخل الذى لاماء فيه والدراهم والدنانير الخالصة .

وعلى الأصح : الدقيق والبطيخ والقثاء والخيار ، وسائر البقول والرطب والعنب وسائر الفواكه الرطبة ، واللحم الطرى والقديد والتراب ، والنحاس والحديد ، والرصاص ، والتبر والسبائك من الذهب ، والفضة ، والمسك ، والعنبر والـكافور ، والثلج ؛ والجمد والقطن ، والسكر ؛ والفانيذ والعسل المصفى بالنار ، والإبريسم ، والغزل ، والصوف والشعر والوبر ، والنفط والعود والآجر ، والدراهم المغشوشة إن جوزنا التعامل بها ، والمـكسرة .

هذا مافى الروضة ، وأصلها والمطلب .

تقسيم ثان

المضمونات : أقسام :

أحدها : مايضمن ضمان عقد قطعا وهو : ماعين فى صلب عقد بيع أوسلم أوإجارة أوصلح.

الثانى : ماهو ضمان يد قطعا كالعوارى والمغصوب ، ونحوها .

الثالث : مافيه خلاف . والأصح أنه ضمان عقد كمين الصداق والخلع والصلح عن الدم وجعل الجعالة .

الرابع : عكسه ، وذلك فى صور العلج .

والفرق بين ضمان العقد واليد : أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان ، أو بدله . وضمان اليد : مرده : المثل ، أو القيمة .

قاعدة

ماضمن كله ضمن جزؤه بالأرش إلا فى صور

إحداها : المعجل فى الزكاة .

الثانية : الصداق الذى تعيب فى يد الزوجة قبل الطلاق .

الثالثة : المبيع إذا تعيب فى يد البائع وأخذه المشترى ناقصا ، لا أرش له فى الأصح .

الرابع : إذارجع فيما باعه بإفلاس المشترى ، ووجده ناقصا بآفة ، أوإتلاف البائع فلاأرش له.

الخامسة : القرض إذا تعيب ورجع فيه المقرض ، لا أرش له . بل يأخذه ناقصا ، أومثله.

قاعدة

أسباب الضمان أربعة

أحدها : العقد ، كالمبيع ، والثمن المعين قبل القبض والسلم ، والإجارة .

الثانى : اليد مؤتمنة كانت كالوديعة ، والشركة ، والوكالة ، والمقارضة إذا حصل التعدى ، أولا ، كالغصب ، والسوم ، والعارية ، والشراء فاسدا .

الثالث : الإتلاف نفسا ، أو مالا .

ويفارق ضمان اليد : فى أنه يتعلق الحكم فيه بالمباشر ، دون السبب . وضمان اليد يتعلق بهما.

الرابع : الحيلولة .

ما تؤخذ قيمته للحيلولة ، ومالا تؤخذ

فيه فروع .

الأول : المسلم فيه : إذا وجد المسلم إليه فى مكان لا يلزم فيه الأداء ، وفيه ، وجهان .

الصحيح : لا تؤخذ ، لأن أخذ العوض عنه غير جائز .

والثانى : إذا قطع صحيح الأنملة الوسطى ممن لا عليا له . فهل له طلب الأرش للحيلولة ؟ وجهان . الصحيح : لا ، حتى يعفو .

الثالث : إذا نقل المغصوب إلى بلد آخر وأبق ، فللمالك المطالبة بالقيمة فى الحال للحيلولة قطعا ، فإذا رده ردها .

الرابع : إذا ادعى عينا غائبة عن البلد . وسمع القاضى البينة ، وكتب بها إلى قاضى بلد العين ليسلمها للمدعى بكفيل ، لتشهد البينة على عينها ، ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة قطعا.

الخامس : إذا حال بين من عليه القصاص ، ومستحق الدم ، لا تؤخذ قطعا .

السادس : إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرو غرم له قيمتها فى الأصح ، لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

الكلام فى أجرة المثل

تجب فى مواضع

أحدها : الإجارة فى صور :

منها : الفاسدة .

ومنها : أن يعير فرسه ليعلفه أو ليعيره فرسه .

ومنها : إذا حمل الدابة المستأجرة زيادة على ما استأجر له : تجب أجرة المثل لما زاد .

ومنها : إذا اختلفا فى قدر الأجرة ، أو المنفعة ، أو غيرها ، وتحالفا : فسد العقد ، ورجع إلى أجرة المثل .

الثانى : المساقاة فى صور :

منها : الفاسدة كأن يساقيه على ودى ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه فى أرض نفسه ، ويكون الثمر بينهما ، أو يدفع إليه أرضا ليغرسها والثمر بينهما ، أو يشرط الثمرة كلها للعامل ، أو يشرط له جزءا منهما ، أو مشاركة المالك ، أو غيرها فى صور الإفساد .

ويستثنى : ما إذا شرط الثمرة كلها المالك ، فلا شيء للعامل فى الأصح .

وكذا نظيره فى القراض .

ومنها : إذا خرج الثمر مستحقا ، فللعامل على الساقى أجرة المثل .

ومنها : إذا فسخ العقد بتحالف ، أو هرب العامل ، وتعذر الإتمام .

الثالث : القراض إذا فسد ، سواء ربح المال أم لا إلا فى الصورة السابقة ، وإذا اختلفا وتحالفا .

الرابع : الجعالة إذا فسدت ، أو فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل ، أو تحالفا .

الخامس : الشركة كذلك .

السادس : منافع الأموال إذا فاتت فى يد عادية غصبا : أو شراء فاسدا ، أو غيرهما تجب فيها أجرة المثل . سواء استوفيت ، أم لا .

وأما منفعة الحر : فلا يضمن بها إلا بالاستيفاء .

السابع : إذا استخدم عبده المتزوج ، غرم له الأقل من أجرة مثله ، وكل المهر والنفقة .

وقيل : يلزمه المهر والنفقة بالغا ما بلغ ، لأنه لو خلاه ربما كسب ما يفى بهما .

ونظير ذلك : إذا أراد فداء العبد الجانى . يلزمه الأقل من قيمته ، وأرش الجناية .

وفى قول : الأرش بالغا ما بلغ ، لأنه لو سلمه للبيع ربما رغب فيه راغب بما يفى به .

الثامن : عامل الزكاة . يستحق أجرة مثل عمله ، حتى لو حمل أصحاب الأموال زكاتهم إلى الإمام . فلا شيء له ، وإن بعثه استحقها بلا شرط .

فإن زاد سهم العاملين عليها ؛ رد الفاضل على الأصناف ، وإن نقص . كمل من مال الزكاة .

فرع مهم

أفتى ابن الصلاح فيمن أجر وقفا بأجرة شهدت البينة بأنها أجرة مثله . ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل : بأنه يتبين بطلان العقد ، وأن الشاهد لم يصب فى شهادته .

واحتج بأن تقويم المنافع فى مدة ممتدة ، إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة ، حالة التقويم . أما إذا لم تستمر ، وطرأ فى أثناء المدة أحوال تختلف بها قيمة المنفعة ؛ فيتبين أن المقوم لها لم يطابق تقويمه المقوم .

قال : وليس هذا كتقويم السلع الحاضرة .

قال : وإذا ضم ذلك إلى قول من قال من الأصحاب : إن الزيادة فى الأجرة تفسخ العقد كان قاطعا لا ستبعاد من لم ينشرح صدره ، لما ذكرناه .

قال : فليعلم ذلك ، فإنه من نفائس النكت .

وقال الشيخ تاج الدين السبكى : ما أفتى به ابن الصلاح ضعيف ، فإن الشاهد إنما يقوم بالنسبة إلى الحالة الراهنة ، ثم ما بعدها تبع لها مسبوق عليه حكم الأصل .

قال : فالتحقيق أن يقال : إن لم تتعين القيمة ، ولكن ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد والقول بانفساخه ضعيف ، وإن تغيرت . فالإجارة صحيحة إلى وقت التغيير .

وكذا بعده فيما يظهر ، ولا يظهر خلافه .

الكلام فى مهر المثل

الأصل فى اعتباره : حديث أبى سنان الأشجعى « أنه ﷺ قضى فى بروع بنت واشق وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها : بمهر نسائها » أخرجه أبو داود والترمذى ، والنسائى ، وابن حبان والحاكم ، وغيرهم .

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا خالد بن عبد الله : عن يونس . عن الحسن « أن رسول الله ﷺ قال فى امرأة توفى عنها زوجها ، ولم يفرض لها صداقا لها مثل صداق نسائها » .

قال الأصحاب ، مهر المثل : هو الذى يرغب به فى مثلها ، وركنه الأعظم : النسب فينظر إلى نساء عصباتها ، وهن المنتسبات إلى من تنتسب هذه إليه . وتقدم القربى ، والشقيقة . فأقربهن : الأخوات لأبوين ، ثم لأب ، ثم بنات الإخوة ، ثم العمات . ثم بنات الأعمام كذلك ، فإن فقدن ، فنساء الأرحام ، كالجدات ، والخالات .

والمراد بالفقد : أن لا يوجدن أصلا ، أو لم ينكحن ، أو جهل مهرهن .

ولا يتعذر اعتبارهن بموتهن .

فإن فقد الأرحام ، فمثلها من الأجانب .

وتعتبر العتيقة بعتيقة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها ، وخسته ، ويعتبر البلد ، والصفات المرغبة : كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة والصراحة ، وهى شرف الأبوين .

ومتى اختصت بفضل أو نقص ، ليس فى النسوة المعتبرات مثله ، زيد أو نقص بقدر ما يليق به ، كما فى نظيره إذا كان الجنين سليما ، والأم ناقصة .

ويعتبر غالب عادة النساء ، فلو سامحت واحدة لم يجب موافقتها ، إلا أن يكون لنقص دخل في النسب ، وفترة الرغبات .

ولو خفضن للعشيرة دون غيرهم أو عكسه . اعتبر ذلك .

هذا ما فى الروضة وأصلها .

وفيه أمور ينبه عليها

منها : أن الأصحاب استدلوا على اعتبار نساء العصبة بقوله « مهر نسائها » لأن إطلاق هذا اللفظ ينصرف إليهن .

ونازع صاحب الذخائر : بأن النساء من الجانبين نساؤها .

قال بل نقول هو عام فيها ، وخص بالمعنى لأن مهر المثل قيمة البضع ، وتعرف قيمة الشيء بالنظر إلى أمثاله ، وأمثالها نساء عشيرتها المساويات لها فى نسبها ، لأن النسب معتبر فى النكاح .

والغالب : أنه إذا ثبت مقدار فى عشيرة ، جرت أنكحتهم عليه ، أن من لا ينتمى إلى نسبها ، لا يساويها فيه .

ومنها : أن مقتضى ما تقدم ، الانتقال بعد بنات الأخ إلى العمات ، ولا تعتبر بنات بنى الأخ ، وليس كذلك ، بل المراد تقديم جهة الأخوة على جهة العمومة ، كما صرح به الماوردى .

ومنها : المراد بالأرحام هنا قرابات الأم لا المذكورون فى الفرائض ، لأن الجدة أم الأم ليست منهن قطعا .

ومنها : أن الماوردى وسط بين نساء العصبة والأرحام بالأم والجدة .

ومنها : اعتبر ابن الصباغ مع ذلك كونهن من أهل بلدها ، وحكاه الماوردى عن النص لأنه قيمة متلف ، فيعتبر محل الإتلاف .

والذى فى الروضة وأصلها : اعتبار ذلك إذا كان لها أقارب فى بلدها وأقارب فى غيرها .

فإن لم يكن فى بلدها أقارب ، قدم أقارب غير بلدها ، على أجانب بلدها .

ومنها : يعتبر حال الزوج أو الواطىء أيضا ، من اليسار والعلم والعفة والنسب .

صرح به صاحب الكافى وغيره .

ومنها : ذكر ابن الرفعة ، أن المعتبر من الأقارب ثلاث ، وتوقف فيما إذا لم يكن إلا واحدة أو ثنتان .

المواضع التي يجب فيها مهر المثل

هي سبعة

الأول

النكاح : إذا لم يسم الصداق ، أو تلف المسمى قبل قبضه ، أو بعضه ، أو تعيب ، أو وجدته معيبا واختارت الفسخ أو بان مستحقا أو فسد ، لكونه غير مملوك كحر ومغصوب أو مجهولا ، أو شرط الخيار فيه ، أو شرط في العقد شرط يخل بمقصوده الأصلي ، كأن لا يتزوج عليها ، أو نكح على ألف إن لم يسافر بها ، وألفين إن سافر ، وعلى أن لأبيها ألفا ، أو تضمن الربا . كزوجتك بنتي وبعتك هذه المائة من مالها بهاتين المائتين ، أو جمع نسوة بمهر واحد ، أو تضمن إثباته دفعه ، كأن يزوج ابنه بامرأة ويصدقها أمة ، لأنه يتضمن دخولها أولا في ملك الابن ، فتعتق فلا تنتقل إلى الزوجة صداقا . . .

أو بعقد المجبر أو ولي السفيهة بأقل من مهر المثل ، أو لابنه أو السفيه بأكثر ، أو يخالف ما أمرت به الرشيدة ، أو يفسخ بعد الدخول بعيب أو تغرير ، أو اختلفا في المهر أو تحالفا ، أو نكحها على ما يتفقان عليه في ثاني الحال ، أو أسلما وقد عقدا على فاسد ، ولم يقبضاه أو زوجه ابنته بمتعة جاريته ، أو جاريته على أن يزوجه ابنته ، ورقبتها صداقها ، أو طلق زوجته على أن يزوجه ابنته ، وبضعها صداقها .

الموضع الثاني

الخلع : إذا فسد المسمى بغالب الصور المذكورة .

الثالث

الوطء في غير نكاح صحيح : إما فاسد أو بشبهة أو إكراه ، أو أمة ابنه أو مشتركة أو مكاتبة ، أوزوجة رجعية أومرتدة موقوفة في العدة ، أوأمته المرهونة أو المشتراة فاسدا ، أو في نكاح المتعة

الرابع

الرضاع : إذا أرضعت أمه أو أخته ، زوجته : أو الكبرى الصغرى ، انفسخ النكاح وله على المرضعة نصف مهر المثل في الأظهر ، وكله في الثاني .

ولو أرضعت أم الكبرى الصغرى انفسختا ، وله على المرضعة مهر المثل لأجل الكبرى ونصف للصغرى .

الخامس

فى رجوع الشهود بعد الشهادة بطلاق بائن ، أو رضاع أو لعان وفرق القاضى ، فإن الفراق يدوم وعليهم مهر مثل .

وفى قول : نصفه إن كان قبل الوطء .

الموضع السادس

الدعوى : إذا أقرت لأحد المدعيين بالسبق ثم للآخر ، يجب له عليها مهر المثل أو للزوج ؛ أنه راجعها بعد ما تزوجت .

السابع

إذا جاءت المرأة مسلمة ، فى زمن الهدنة ، غرم لزوجها الكافر مهر مثلها، على قول مرجوح.

وقت اعتباره ومكانه

يعتبر فيه الوطء بالشبهة يوم الوطء ، وكذا فى النكاح الفاسد .

ولا يعتبر يوم العقد إذ لا حرمة له .

وفى النكاح الصحيح : إذا لم يسم فيه ووطئ ، هل يعتبر يوم الوطء ، أو العقد ، أو الأكثر من العقد إلى الوطء ؟ أوجه أصحها فى أصل الروضة ، الثالث .

وفى المنهاج والمحرر والشرح الصغير ، الثانى .

نقله الرافعى : فى سراية العتق عن الأكثرين .

وإن مات ـ وأوجبنا مهر المثل ، وهو الأظهر ـ فهل يعتبر يوم العقد ، أو الموت ، أو الأكثر ؟ أوجه فى أصل الروضة بلا ترجيح .

وأما مكانه : فيجب من نقد البلد حالا بقيمة المتلفات .

ما يتعدد فيه ، و مالا يتعدد

لا يتعدد بتعدد الوطء فى نكاح صحيح، كما هو معلوم ، ولا نكاح فاسد ، أو شبهة واحدة .

ومنه : وطء جارية الابن ، والمكاتبة والمشتركة ، على الأصح . سواء اتحد المجلس أم لا .

ويتعدد إن زالت الشبهة ، ثم وطئ بشبهة أخرى وبالإكراه على الزنا ووطء الغاصب والمشترى منه إن كان فى حال الجهل ، لم يتعدد لأن الجهل بشبهة واحدة أو العلم ، وهى مكرهة ، فقد تقدم أنه يتعدد.

وحيث قلنا بالاتحاد : اعتبر أعلى الأحوال .

ومحله كما قال الماوردى : إذا لم يؤد المهر .

فإن أدى قبل الوطء الثانى ، وجب مهر جديد .

ومحله فى المكاتبة : ما إذا لم تحمل ، فإن حملت خيرت بين المهر والتعجيز فإن اختارت المهر ووطئت مرة أخرى ، فلها مهر آخر .

نص عليه الشافعى ، كما نقله فى المهمات .

وعبارته : فإن أصابها مرة أومرارا ، فلهامهر واحد، إلاأن تتخير فتختار الصداق أوالعجز.

فإن خيرت ، فعاد فأصابها السيد ، فلها صداق آخر وكلما خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها فلها صداق آخر ، كنكاح المرأة نكاحا فاسدا ، يوجب مهرا واحدا .

فإذا فرق بينهما وقضى بالصداق ، ثم نكحها نكاحا آخر فلها صداق آخر .

تنبيه : يجب مهران فى وطء زوجة الأصل أو الفرع بشبهة إذا كانت مدخولا بها : مهر لها ، ومهر لزوجها ، لفواتها عليه بالانفساخ .

ويجب مهر ونصف فى غير المدخول بها ، وهو غريب لا نظيرله .

ويقرب منه : إتلاف الصيد المملوك فى الحرم أو الإحرام ، فإن فيه الجزاء بالمثل ، لحق الله تعالى والقيمة لمالكه ، وفى ذلك قال ابن الوردى :

عندى سؤال حسن مستظرف ، فرع على أصلين قد تفرعا

متلف مال برضا مالكه ويضمن القيمة والمثل معا

ويشبه هذا الفرع : العبد المغصوب يجنى بقدر قيمته ، فيتلفه الغاصب ، فإنه يضمن فيه قيمتين.

لكن الجناية بالغصب ، لا بالإتلاف .

مهمة : صحح الشيخان فى الغصب وفى الوطء بشبهة أو إكراه : أنه إذا أزال البكارة بالوطء وجب مهر ثيب وأرش البكارة ؛ وفى الرد بالعيب مهر بكر فقط ، ثم يندرج الأرش .

وفى البيع الفاسد : مهر بكر وأرش البكارة .

قال السبكى : الغصب أولى ، بلزوم ذلك من البيع الفاسد .

وقال فى المهمات : هذا الذى قالاه فى غاية الغرابة حيث جزما فى الشراء الفاسد بإيجاب زيادة لم نوجبها فى الغصب ، ولم يحكيا فى إيجابها خلافا مع اختلافهم فى أن البيع الفاسد هل يغلظ فيه ، كما يغلظ فى الغصب أم لا ؟ .

وأما كونه أغلظ فلا قائل به .

ضابط : ليس لنا مضمون يختلف باختلاف الضامنين إلا فى مهر المثل إذا خفض للعشيرة دون غيرهم أوبالعكس ، ذكره الرويانى .

القول فى أحكام الذهب والفضة

اختصا بأحكام

الأول : لا يكره المشمس فى أوانيهما ، على الأصح لصفاء جوهرها .

الثانى : يحرم : استعمال أوانيهما للحديث .

والمعنى فيه : الخيلاء أو تضييق النقود ؟ قولان ، أصحهما الأول .

الثالث : يحرم الحلى منهما على الرجال ، إلا مايستثنى .

الرابع : اختصا بوجوب الزكاة .

الخامس : وبجريان فى الربا ، فلا ربا فى الفلوس ، ولو راجت رواج النقود فى الأصح .

واختص المضروب منهما بكونهما قيم الأشياء ، فلا تقويم بغيرها .

ولا يبيع القاضى والوكيل والولى مال الغير إلا بهما .

ولا يفرض مهر المثل إلا منهما ، وبجواز عقد الشركة عليهما والقراض ، وبامتناع استئجارها للتزيين .

واختص الذهب بحرمة التضبيب منه على الأصح ، وحرمة مايجوز للرجل اتخاذه من الفضة، كالخاتم وحلية آلات الحرب ، إلا السن والأنف والأنملة .

قاعدة : الذهب والفضة : قيم الأشياء إلا فى باب السرقة ، فإن الذهب أصل والفضة عروض بالنسبة إليه ، نص عليه الشافعى فى الأم .

وقال : لا أعرف موضعا تنزل فيه الدراهم منزلة العروض إلا فى السرقة .

القول فى المسكن والخادم

قال السبكى : اضطرب حكم المسكن والخادم .

ففي مواضع يباعان .

وفي آخر : لا .

وفي موضع : إن كانا لائقين بقيا ، وإلا فلا .

وفي آخر : يبدل النفيسان إن لم يؤلفا ، انتهى .

والمواضع التي ذكرا فيها، اثنا عشر موضعا

الأول : التيمم ، ولا يباعان فيه ، صرح به ابن كج .

وقال في الكفاية : إنه المتجه .

وقال السبكي : إنه القياس ، وقال الإسنوي إنه الظاهر .

الثاني: ستر العورة ، ولا يباعان أيضا .

قال السبكي : وفاقا لابن كج ، وخلافا لابن القطان .

قال في الخادم : كل موضع أوجب الشرع فيه صرف مال في حق الله . يجب كونه فاضلا عن الخادم ، كما يأتي في الفطرة ، والحج ، ونحوهما .

الثالث : الفطرة ، ولا يباعان أيضا على الأصح . كالكفارة .

وفي وجه : نعم ، لأن للكفارة بدلا ، وعلى الأول : إنما يعتبر ذلك في الابتداء .

فلو ثبتت الفطرة في ذمة إنسان . بعنا خادمه ، ومسكنه فيها . لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون

قال في شرح المهذب : وأن تكون الحاجة إلى الخادم لخدمته ، أو خدمة من تلزمه خدمته. ليخرج ما لو احتاج إليه لعمله في أرضه ، أو ماشيته ، فإن الفطرة تجب .

قال الإسنوي : ولا بد أن يكونا لائقين به .

الرابع: نكاح الأمة ، وهل يباعان ويصرف ثمنهما إلى نكاح الحرة ، أو يحل له نكاحها ويبقيان ؟ وجهان . أصحهما في زوائد الروضة الثاني .

الخامس : العاقلة ، ولا يباعان فيها . جزم به في الروضة ، وأصلها.

السادس : التفليس : ويباعان فيه ، سواء احتاج إلى الخادم لزمانة ومنصب ، أم لا .

وفي قول مخرج من الكفارة : لا يباعان إذا احتاج إليهما .

والفرق على الأول : أن للكفارة بدلا ، وأن حقوق الآدميين أضيق .

وفى ثالث : يباع الخادم دون المسكن . لأنه أولى بالإبقاء من الخادم .

السابع : نفقة الزوجة ، ويباعان فيها كالدين .

الثامن : نفقة القريب ، ويباعان فيها كالدين . وفيها الوجه الذى فيه .

وفى كيفية بيع العقار . وجهان فى الروضة ، وأصلها بلا ترجيح .

أحدهما : يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة .

والثانى : يقترض عليه إلى أن يجتمع مايسهل بيع العقار له ، لأن ذلك يشق .

ورجح البلقينى الثانى ، فإنه الراجح فى نظيره من العبد .

قال الأذرعى : واعلم أن التسوية بين نفقة القريب ، والدين مشكل جدا .

ولم أجد دليلا ، ولا نصا للشافعى على بيع ما لابد منه من مسكن ، وخادم لايستغنى عنه .

قال : والأرجح المختار : ماقاله القاضى حسين أنه لايباعان هنا . وإن قلنا : يباعان فى الدين.

قال : نعم لو اقترض الحاكم عليه لغيبته ، ونحوها صار دينا عليه ، فيباعان فيه . كسائر الديون .

التاسع : سراية العتق ، ويباعان فيها كالدين . جزم به فى الروضة وأصلها .

العاشر : الحج ، ولا يباعان إن لاقا به . بل لو كان معه نقد صرف إليهما كالكفارة .

وقيل : يباعان ، كالدين . فإن كانا غير لائقين ، ولو أبدلا لوفى التفاوت بمؤنة الحج وجب إبداله ، كذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفرقوا بين المألوفين وغيرهما .

قال الرافعى : ولابد من ذلك ، كالكفارة .

ثم فرق فى الشرح الصغير ، وتبعه النووى فى الروضة ، وشرح المهذب بأن للكفارة بدلا ، بخلاف الحج .

قال الإسنوى : وهو منتقض بالرتبة الأخيرة منها ، فإنه لابدل لها . وبالفطرة ، فإنه لا بدل لها ، مع أنها كالحج فيما نقله عن الإمام .

الحادى عشر : الكفارة . فإن لاقا ، لم يباعا ، بلا خلاف .

ولا يجرى الوجه الذى فى الحج ، لأن لها بدلا وإن لم يكونا لائقين لزم الإبدال ، وصرف التفاوت إلى العتق إن لم يكونا مألوفين . فإن ألفا فلا فى الأصح لمشقة مفارقة المألوف .

الثانى عشر : الزكاة ، ولايسلبان اسم الفقر ، كانقله الرافعى فى المسكن عن التهذيب، وغيره.

قال : لم يتعرضوا له فى الخادم ، وهو فى سائر الأصول ملحق بالمسكن .

واستدرك عليه فى الروضة : أن ابن كج صرح فى التجريد بأنه كالمسكن ، وهو متعين .

قال فى المهمات : وصرح به أيضا فى النهاية ، إلا أنه اغتفرهما فى المسكن ، دون الفقير .

فقال : إن المسكن والخادم لايمنع اسم المسكنة . بخلاف الفقر .

قال : واغتفار الرافعى لهما فى الفقر ، يلزم منه الاغتفار فى المسكن بطريق الأولى .

قال السبكى : وإطلاق المسكن والخادم يقتضى أنه لافرق بين اللائق ، وغيره .

قال ابن النقيب : وفيه نظر .

ولو لم يكن له عبد ومسكن ، واحتاج إليهما ، ومعه ثمنهما .

قال السبكى : لم أر فيه نقلا ، ويظهر أنه كوفاء الدين .

وقد قال الرافعى فيما لو كان عليه دين ، ومعه مايوفيه به لا عبرة بما يوفيه به كما فى نفقة القريب ، والفطرة .

وقال أيضا فى الغارم الذى يعطى من الزكاة هل يعتبر فى فقره مسكنه ، وخادمه ؟ ظاهر عبارة الأكثرين اعتبار ذلك ، وربما صرحوا به .

وفى بعض شروح المفتاح : أنه لايعتبر المسكن ، والملبس ، والفراش ، والآنية ، وكذا الخادم ، والمركوب إن اقتضاها حاله .

قال : وهذا أقرب .

تنبيهان

الأول : قال فى المهمات ، فى الحج تعبير الرافعى بالعبد للاحتراز عن الجارية النفيسة المألوفة فإنها إن كانت للخدمة ، فهى كالعبد ، وإن كانت للاستمتاع . لم يكلف بيعها . جزما ، لما يؤدى إليه تعلقه بها من الضرر الظاهر .

قال : وهذا التفصيل لم أره ، ولكن لابد منه .

قلت: نقله الأذرعي عن تصريح الدارمي؛ وزاد إن كان له أخرى للخدمة. فإن أمكن التي للاستمتاع أن تخدم، باع التي للخدمة، وإلا فلا:

الثاني: قال في المهمات في الحج: مقتضى إطلاق الرافعي، وغيره أنه لافرق في اعتبار المسكن والخادم بين المرأة المكفية بإخدام الزوج، وإسكانه، وبين غيرها، وهو متجه، لأن الزوجية قد تنقطع فتحتاج إليهما.

قال: وكذلك اعتبار المسكن بالنسبة إلى المتفقهة، والصوفية. الذين يسكنون بيوت المدارس والربط.

وقال السبكي في الزكاة: لو اعتاد السكنى بالأجرة، أو في المدرسة؟ فالظاهر خروجه عن اسم الفقر بثمن المسكن.

الثالث: قال البلقيني: لايباع المسكن، والخادم في الحجر الغريب قطعا، لإمكان الوفاء من غيره.

وقد قلت في الخلاصة، جامعا هذه النظائر.

اضطرب المسكن والخادم في	حكمهما فالمنع للبيع قف
هنا وفي عاقلة والسترة	وفي نكاح أمة والفطرة
والبيع في التفليس والإنفاق	للزوج والقريب والإعتاق
في الحج والتكفير إن لاقا فلا	ثم لذي الحج النفيس أبدلا
ولو لمألوف وفي التكفير	إن لم يكن يؤلف في الشهير
وليس يمنعان وصف الفقر	ولا التي للوطء في ذا تجري

كتب الفقيه، وسلاح الجندي وآلة الصانع

ذكرت في مواضع

أحدها: الزكاة.

قال النووي في شرح المهذب، والروضة نقلا عن الغزالي في الإحياء: لو كان له كتب فقه لم تخرجه عن المسكنة يعني والفقر.

قال: ولا تلزمه زكاة الفطر، وحكم كتابه حكم أثاث البيت، لأنه محتاج إليه.

قال: لكن ينبغي أن يحتاط في فهم الحاجة إلى الكتاب.

فالكتاب : يحتاج إليه لثلاثة أغراض : التعليم . والتفرج بالمطالعة ، والاستفادة ، فالتفرج : لا يعد حاجة ، كاقتناء كتب الشعر ، والتواريخ ، ونحوها مما لا ينتفع به فى الآخرة ، ولا فى الدنيا. فهذا يباع فى الكفارة ، وزكاة الفطر ، ويمنع اسم المسكنة .

وأما حاجة التعليم : فإن كان للكسب كالمؤدب ، والمدرس بأجرة ، فهذه آلته . فلا تباع فى الفطرة : كآلة الخياط ، وإن كان يدرس لقيام فرض الكفاية لم يبع ، ولا يسلبه اسم المسكنة، لأنها حاجة مهمة .

وأما حاجة الاستفادة والتعلم من الكتاب ، كإدخاره كتاب طب ليعالج به نفسه ، أو كتاب وعظ ليطالعه ، ويتعظ به . فإن كان فى البلد طبيب وواعظ ، فهو مستغن عن الكتاب ، وإن لم يكن ، فهو محتاج .

ثم ربما لا يحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة .

قال : فينبغى أن يضبط ، فيقال : مالا يحتاج إليه فى السنة ، فهو مستغن عنه . فيقدر حاجة أثاث البيت ، وثياب البدن بالسنة ، فلا تباع ثياب الشتاء فى الصيف ، ولا ثياب الصيف فى الشتاء ، والكتب بالثياب أشبه .

وقد يكون له من كل كتاب نسختان ، فلا حاجة له إلا إلى إحداها .

فإن قال : إحداها أصح ، والأخرى أحسن .

قلنا : اكتف بالأصح ، وبع الأخرى .

وإن كان له كتابان من علم واحد . أحدها مبسوط ، والآخر وجيز .

فإن كان مقصوده : الاستفادة ، فليكتف بالمبسوط .

وإن كان قصده التدريس : احتاج إليهما .

هذا آخر كلام الغزالى .

قال النووى : وهو حسن ، إلا قوله «فى كتاب الوعظ» إنه يكتفى بالواعظ ، فليس كما قال، لأنه ليس كل أحد ينتفع بالواعظ ، كانتفاعه فى خلوته على حسب إرادته .

قلت : وكذا قوله فى كتاب الطب إنه يكتفى بالطبيب ، ينبغى أن يكون محله إذا كان فى البلد طبيب متبرع .

فإن لم يكن إلا بأجرة ، لم يكلف بيع الكتاب والاستئجار عند الحاجة .

الموضع الثانى : الحج

قال فى شرح المهذب : لو كان فقيها ، وله كتب . فهل يلزمه بيعها للحج ؟ .

قال القاضى أبو الطيب : إن لم يكن له بكل كتاب إلا نسخة واحدة ، لم يلزمه . لأنه محتاج إلى كل ذلك ، وإن كان له نسختان ، لزمه بيع إحداها ، فإنه لا حاجة به إليهما .

وقال القاضى حسين : يلزم للفقيه بيع كتبه فى الزاد والراحلة .

قال : وهذا الذى قاله ضعيف ، وهو تفريع منه على طريقته الضعيفة فى وجوب بيع المسكن والخادم للحج .

قال : فالصواب ماقاله أبو الطيب ، فهو الجارى على قاعدة المذهب ، وعلى ما قاله الأصحاب هنا فى المسكن والخادم ، وعلى ماقالوه فى باب الكفارة ، وباب التفليس اهـ .

الموضع الثالث : الدين

قال الإسنوى فى باب التفليس : رأيت فى زيادات العبادى . أنه يترك للعالم ولم أر مايخالفه. وذكر النووى فى الحج فى شرح المهذب مايقتضيه، ونقل كلام العبادى فى قسم الصدقات وأقره .

القول فى الشرط والتعليق

قال البلقينى : الفرق بين الشرط والتعليق : أن التعليق مادخل على أصل الفعل فيه بأداته. كإن ، وإذا . والشرط ماجزم فيه بالأول ، وشرط فيه أمر آخر .

قاعدة : الشرط : إنما يتعلق بالأمور المستقبلة .

أما الماضية ، فلا مدخل له فيها ، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض ، ونص عليه

ولو قال : يازانية ، إن شاء الله ، فهو قاذف . لأنه خبر عن ماض . فلا يصح تعليقه بالمشيئة. ولو فعل شيئا ، ثم قال . والله مافعلته إن شاء الله . حنث ، كما قال الزركشى فى قواعده ، وخطأ البارزى فى فتواه بعدم الحنث ،

قاعدة

أبواب الشريعة كلها على أربعة أقسام

أحدها : ما لايقبل الشرط ، ولا التعليق : كالإيمان بالله ، والطهارة ، والصلاة ، والصوم إلا

في صور تقدم استثناؤها في أول الكتاب ، والضمان ، والنكاح ، والرجعة ؟ والاختيار ، والفسوخ .

والثاني : ما يقبلهما . كالعتق ، والتدبير ، والحج .

الثالث : مالا يقبل التعليق ، ويقبل الشرط . كالاعتكاف ، والبيع في الجملة والإجارة ، والوقف والوكالة .

الرابع : عكسه كالطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، والخلع .

قاعدة : ما كان تمليكا محضا لا مدخل للتعليق فيه قطعا ، كالبيع .

وما كان حلا محضا يدخله قطعا ، كالعتق .

وبينهما مراتب يجرى فيها الخلاف : كالفسخ ، والإبراء يشبهان التمليك .

وكذا الوقف ، وفيه شبه يسير بالعتق ، فجرى وجه ضعيف .

والجعالة ، والخلع التزام يشبه النذر ، وإن ترتب عليه ملك .

ضابط : ما قبل التعليق لا فرق فيه بين الماضي والمستقبل إلا في مسألة واحدة .

وهي : إن كان زيد محرما أحرمت ، فإنه يصح ، بخلاف إذا أحرم أحرمت فلا يصح .

ضابط : ليس لنا خروج من عبادة بشرط ، إلا في الاعتكاف ، والحج .

قاعدة : الشروط الفاسدة : تفسد العقود ، إلا البيع بشرط البراءة من العيوب ، والقرض بشرط رد مكسر عن صحيح ، أو أن يقرضه شيئا آخر ، على الأصح فيهما .

ضابط : لا يقبل البيع التعليق ، إلا في صور :

الأولى : بعتك إن شئت .

الثانية : إن كان ملكي ، فقد بعتكه .

ومنه مسألة اختلاف الوكيل والموكل ، فيقول : إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها .

الثالثة : البيع الضمني . كأعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر . ولا يقبل الإبراء التعليق ، إلا في صور :

الأولى : إن رددت عبدي فقد أبرأتك ، صرح به المتولي .

الثانية : إذا مت فأنت في حل فهو وصية . كما في فتاوى ابن الصلاح .

الثالثة : أن يكون ضمنا ، لا قصدا . كما إذا علق عتقه ، ثم كاتبه . فوجدت الصفة . عتق ، وتضمن ذلك الإبراء من النجوم ، حتى يتبعه أكسابه ، ولو لم يتضمنه . تبعه كسبه .

قاعدة: من ملك التنجيز ملك التعليق ، ومن لا فلا .

واستثنى الزركشى فى قواعده من الأول : الزوج يقدر على تنجيز الطلاق والتوكيل فيه ، ولا يقدر على التوكيل فى التعليق ، إذا منعنا التوكيل فيه .

ومن الثانى صور يصح فيها التعليق ، لمن لا يملك التنجيز .

منها : العبد لا يقدر على تنجيز الطلقه الثالثة ، ويملك تعليقها ، إما مقيدا بحال ملكه . كقوله : إن عتقت ، فأنت طالق ثلاثا . أو مطلقا كإن دخلت ، فأنت طالق ثلاثا ثم دخلت بعد عتقه . فتقع الثالثة على الأصح .

ومنها : يجوز تعليق طلاق السنة فى الحيض وطلاق البدعة فى طهر لم يمسها فيه وإن كان لا يتصور تنجيز ذلك فى هذه الحالة :

قاعدة : ماقبل التعليق من التصرفات . صح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف ، كالطلاق والعتق ، والحج . ومالا فلا كالنكاح ؛ والرجعة ، والبيع .

واستثنى الإمام من الأول الإيلاء ، فإنه يقبل التعليق ، ولا يصح إضافته إلى بعض المحل إلا الفرج .

ولا استثناء فى الحقيقة ، لصدق إضافته إلى البعض .

واستدرك البارزى : الوصية يصح تعليقها ، ولا تصح إضافتها إلى بعض المحل .

ويستثنى من الثانى صور .

منها : الكفالة ، والقذف .

القول فى الاستثناء

فيه قواعد :

الأولى : الاستثناء من النفى إثبات ، ومن الإثبات نفى .

فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فالمشهور وقوع طلقتين .

نظائره فى الطلاق ، والأقارير كثيرة .

واستشكل على القاعدة مسألة من قال : والله لا لبست ثوبا إلا الكتان ، فقعد عريانا ، فإنه لا يلزمه شىء .

ومقتضى القاعدة : أنه حلف على نفى ما عدا الكتان ، وعلى إثبات لبس الكتان، ومالبسه بحنث ،

وأجاب ابن عبد السلام : بأن سبب المخالفة أن الأيمان تتبع المنقولات ، دون الأوضاع اللغوية ، وقد انتقلت « إلا » فى الاستثناء فى الحلف إلى معنى الصفة . مثل « سواء » «وغير» فيصير معنى حلفه والله لا لبست ثوبا غير الكتان ، ولا يكون الكتان محلوفا عليه ، فلا يضر تركه ، ولا لبسه .

ونظير هذه المسألة مسألة : والله لا أجامعك فى السنة إلا مرة فمضت ولم يجامعها أصلا ، فحكى ابن كج فيها وجهين .

أحدهما : تلزمه الكفارة ، لأن الاستثناء من النفى إثبات . ومقتضى يمينه أن يجامع مرة، ولم يفعل . فيحنث .

والثانى : لا ، وصححه فى الروضة ، لأن المقصود باليمين ، أن لا تزيد على الواحدة .

فرجع ذلك إلى أن العرف يجعل إلا بمعنى غير .

الثانية : الاستثناء المبهم فى العقود باطل .

ومن فروعه

بعتك الصبرة إلا صاعا ، ولا يعلم صيعانها ، وبعتك الجارية إلا حملها ، فإنه باطل .

أما الأقارير ، والطلاق فيصح . ويلزمه البيان . مثل : له على مائة درهم إلا شيئا ونسائى طوالق ، إلا واحدة منهن .

ضابط : لا يصح استثناء منفعة العين . إلا فى الوصية ، يصح أن يوصى برقبة عين لرجل، ومنفعتها لآخر .

الثالثة : الاستثناء المستغرق باطل ، وفروعه لا تحصى .

وينبغى استثناء ذلك فى الوصية ، فإنه يصح ، ويكون رجوعا عن الوصية فيما يظهر .

الرابعة : الاستثناء الحكمى ، هل هو كالاستثناء اللفظى ؟ على أربعة أقسام .

أحدها : مالا يؤثر قطعا ، ولو تلفظ به ضر . كما لو باع الوصى بما يحدث من حملها وثمرتها ، فإنه يصح . وهى مستثناة شرعا .

ولو باع واستثناها لفظا لم يصح .

الثانى : مايؤثر قطعا ، كما لو تلفظ به كبيع دار المعتدة بالأقراء ، والحمل .

الثالث : مايصح فى الأصح . ولو صرح باستثنائها بطل كبيع دار المعتدة بالأشهر والعين المستأجرة .

الرابع : مايبطل فى الأصح ، كبيع الحامل بحر ، وبحمل لغير مالكها ، كما لو باع الجارية إلا حملها .

القول فى الدور

مسائل الدور هى : التى يدور تصحيح القول فيها إلى إفساده ، وإثباته إلى نفيه .

وهى : حكمى ، ولفظى .

فالأول : مانشأ الدور فيه من حكم الشرع .

والثانى : مانشأ من لفظة يذكرها الشخص .

وأكثر مايقع الدور فى مسائل الوصايا والعتق ونحوها .

وقد أفرد فيها الأستاذ أبو منصور البغدادى كتابا حافلا ، وأفرد كتابا فيما وقع منه فى سائر الأبواب .

وها أنا أورد لك منه نظائر ، مفتتحا بمسألة الطلاق المشهورة :

مسألة : قال لها : إن ، أو إذا ، أو متى ، أو مهما طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم طلقها فثلاثة أوجه :

أحدها : لايقع عليها طلاق أصلا ، عملا بالدور ، وتصحيحا له ، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث ، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة .

وحينئذ : لايقع الثلاث لعدم شرطه ، وهو التطليق .

والثانى : يقع المنجز فقط .

والثالث : يقع ثلاث تطليقات : المنجزة ، وطلقتان من المعلق إن كانت مدخولا بها .

واختلف الأصحاب فى الراجح من الأوجه ، فالمعروف عن ابن سريج : الوجه الأول وهو أنه لا يقع الطلاق ، وبه اشتهرت المسألة « بالسريجية » وبه قال ابن الحداد والقفالان ، والشيخ أبو حامد ، والقاضى أبو الطيب والرويانى ، والشيخ أبو على والشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، والغزالى .

وعن المزنى أنه قال به فى كتاب المنثور ، وحكاه صاحب الإفصاح عن نص الشافعى وأنه مذهب زيد بن ثابت .

ورجح الثانى ابن القاص ، وأبو زيد ، وابن الصباغ ، والمتولى ، والشريف ناصر العمرى ، ورجع إليه الغزالى آخرا .

قال الرافعى : ويشبه أن تكون الفتوى به أولى ، وصححه فى المحرر ، وتابعه النووى فى المنهاج ، وتصحيح التنبيه .

وقال الإسنوى فى التنقيح ، والمهمات ، فى الوجه الأول : إذا كان صاحب مذهبنا قد نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب ، خصوصا : الشيخ أبا حامد شيخ العراقيين والقفال : شيخ المراوزة ، كان هو الصحيح .

ونقله أيضا فى النهاية عن معظم الأصحاب .

ونصره السبكى أولا ، وصنف فيه تصنيفين ، ثم رجع عنه .

وأكثر ما رد به : أن فيه سد باب الطلاق ، وليس بصحيح ، فإن الحيلة فيه حينئذ : أن يوكل وكيلا يطلقها ، فإنه يقع ، ولا يعارضه المعلق ، بلا خلاف ، لأنه لم يطلقها .

وإنما وقع عليها طلاقه .

فإن عبر بقوله : إن وقع عليك طلاقى . استوت الصورتان .

وذكر ابن دقيق العيد : أن الحيلة فى حل الدور : أن يعكس ، فيقول : كلما لم يقع عليك طلاقى ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإذا طلقها وجب أن يقع الثلاث . لأن الطلاق القبلى — والحالة هذه — معلق على النقيضين ، وهو الوقوع وعدمه .

وكل ما كان لازما للنقيضين ، فهو واقع ضرورة .

ويشبهه قولهم فى الوكالة : كلما عزلتك ، فأنت وكيلى .

نفاذ العزل : أن يقول : كلما عدت وكيلى ، فأنت معزول ، ثم يعزله .

ذكر نظائر هذه المسألة

قال إن آليت منك ، أو ظاهرت منك ، أو فسخت بعيبك ؟ أو لاعنتك ، أو راجعتك . فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد المعلق به : لم يقع الطلاق ، وفي صحته الأوجه .

قال : إن فسخت بعيبي ؟ أو إعساري ، أو استحقيت المهر بالوطء ، أو النفقة ، أو القسم ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد نفذ الفسخ ، وثبت الاستحقاق . وإن ألغينا الطلاق المنجز . لأن هذه فسوخ وحقوق . تثبت قهرا ، ولا تتعلق بمباشرته واختياره . فلا يصلح تصرفه دافعا لها ، ومبطلا لحق غيره .

قال : إن وطئتك وطئا مباحا . فأنت طالق قبله ، ثم وطئ لم تطلق قطعا .

إذ لو طلقت : لم يكن الوطء مباحا ، وليس هنا سد باب الطلاق .

قال : متى وقع طلاقي على حفصة فعمرة طالق قبله ثلاثا ، ومتى وقع طلاقي على عمرة فحفصة طالق قبله ثلاثا ثم طلق إحداهما لم تطلق هي ولا صاحبتها .

فلو ماتت عمرة ثم طلق حفصة طلقت ، لأنه لا يلزم حينئذ من إثبات الطلاق نفيه .

قال زيد لعمرو . متى وقع طلاقك على امرأتك ، فزوجتي طالق قبله ثلاثا . وقال عمرو لزيد مثل ذلك ، لم يقع طلاق كل واحد على امرأته ما دامت زوجة الآخر في نكاحه .

قال لها : متى دخلت — وأنت زوجتي — فعبدي حر قبله . وقال لعبده : متى دخلت وأنت عبدي ، فامرأتي طالق قبله ثلاثا ثم دخلا معا . لم يعتق ولم تطلق .

قال الإمام : ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة ، لأنه ليس فيه سد باب التصرف .

قال له : متى أعتقتك فأنت حر قبله ثم أعتقه .

فعلى الثاني : يعتق ، وعلى الأول : لا .

قال : إن بعتك ، أو رهنتك فأنت حر قبله ، فباعه .

فعلى الثاني : يصح ، ولا عتق ، وعلى الأول : لا .

قال لغير مدخول بها : إن استقر مهرك على فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وطئ .

فعلى الأول : لا يستقر المهر بهذا الوطء ، لأنه لو استقر بطل النكاح قبله ، وإذا بطل النكاح سقط نصف المهر ، وعلى الثاني يستقر ولا تطلق .

قال : أنت طالق ثلاثا قبل أن أخالعك بيوم على ألف تصح لي ثم خالعها على ألف فعلى الأول : لا يصح الخلع ، وعلى الثاني يصح ، ويقع ولا يقع الطلاق المعلق .

قال : إن وجبت على زكاة فطرك ، فأنت حر وطالق قبل وجوبها .
فعلى الأول : لا تجب زكاة فطره وفطرها .
وعلى الثانى : تجب ولا يعتق ولا تطلق .
ذكره الأستاذ أبو منصور .

مسائل الدور فى العبادات

مسألة: قال الأستاذ أبو منصور : قول الأصحاب إن النجاسات لا تطهر بشىء من المائعات سوى الماء ، لأن وقوع التطهير بها يؤدى إلى وقوع التنجيس بها ، لأن أبا حنيفة وافق على أن الخل إذا غسل به شىء نجس ، صار الخل نجسا .

مسألة: متطهران : وجد بينهما ريح ، شك كل واحد منهما فى وجوده منه ، فلكل أن يصلى منفردا أو إماما ، وليس لأحدهما أن يقتدى بالآخر لأنالو صححنا اقتداءه بهمع الحدث جعلنا أمامه طاهرا ، وإذا كان الإمام طاهرا ، تعين الحدث فى المأموم ؛ لأن أحدهما محدث وإذا صار محدثا لم يصح اقتداؤه مع الحدث .

فكان فى صحة الاقتداء فساده ، وكذلك مسألة الإناءين وأشباهها

مسألة: سها إمام الجمعة وعلم أنه إن سجد للسهو خرج الوقت لا يسجد لأن تصحيح سجود السهو حينئذ يؤدى إلى إبطاله ، لأن الجمعة تبطل بخروج وقتها .

وإذا بطلت بطل سجود السهو .

مسألة : من دخل الحرم من غير إحرام ، لا يلزمه القضاء لأن لزومه يؤدى إلى إسقاط لزومه .

لأنا إذا ألزمناه القضاء ، وجب عليه دخول الحرم ، فيلزمه إحرام مختص به ، فيقع ما أحرم به عنه لا عن القضاء ؛ فكان إيجابه مؤديا إلى إسقاطه .

ذكر هذه المسائل : الأستاذ أبو منصور فى كتابه .

مسألة

فى أمثلة من الدور الحكمى

لو أذن لعبده : أن يتزوج بألف ، وضمن السيد الألف ثم باع العبد من الزوجة قبل الدخول بتلك الألف بعينها لم يصح البيع .

لأنا لو صححنا البيع ملكته ، وإذا ملكته بطل النكاح ، وإذا بطل النكاح من قبلها سقط المهر ، وإذا سقط المهر : بطل الثمن ، وإذا بطل الثمن المعقود عليه بعينه بطل البيع ففى إجازة البيع إبطاله .

قال أبو على الزجاجى : ولهذه المسألة نظائر كثيرة .

منها : لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبديه : سالما وغانما ؛ فحكم بعتقهما ثم شهدا بفسق الشاهدين لم يقبل لأنها لو قبلت عادا رقيقين وإذا عادا رقيقين بطلت شهادتهما فقبول شهادتهما : يؤدى إلى إبطالها ، فأبطلناها .

ومنها لو مات وخلف ابنا وعبدين ، قيمتهما ألف فأعتقهما الابن فشهدا على الميت بألف دينا لم تقبل شهادتهما ، لأنها لو قبلت عادا رقيقين ، فيكون فى إجازة شهادتهما إبطالها .

ومنها : لو مات عن أخ وعبدين، فأعتقهما الأخ ، فشهدا بابن للميت ، لم تقبل ، لما ذكر.

ومنها : لو زوج أمته من عبد ، وأعتقها فى مرضه بعد قبض مهرها قبل الدخول ، ولا يخرج من الثلث إلا بضم المهر إلى التركة ، فلا يثبت لها خيار العتق لأنه لو ثبت وجب رد المهر ، فلا تخرج كلها من الثلث ، فلا تعتق كلها وإذا رق بعضها ، فلا خيار لها ففى إثبات الخيار لها إبطاله .

ومنها : لو قال لأمته : إن زوجتك فأنت حرة، فزوجها ، لم تعتق لأن فى عتقها إبطاله ، لأنا لو قلنا بعتقها فى ذلك اليوم يبطل تزويجها ، وإذا بطل تزويجها بطل عتقها ، فثبت النكاح ولا عتق .

قلت : ونظيرها مالو قال ، إن بعتك فأنت حر .

ومنها : لو ادعى المقذوف بلوغ القاذف وأنكر ولا بينة ، لم يحلف القاذف أنه غير بالغ لأن فى الحكم بيمينه إبطالها ، إذ اليمين من غير البالغ لا يعتد بها .

ومنها : لو دفع إلى رجل زكاة فاستغنى بها ، لم يسترجع منه لأن الاسترجاع منه يوجب دفعها ثانيا ، لأنه يصير فقيرا بالاسترجاع .

قال الزجاجى : والأصل فى هذه المسائل كلها قوله تعالى (ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا) فعير من نقض شيئا بعد أن أثبته ، فدل على أن كل ما أدى إثباته إلى نقضه باطل .

القول في العدالة

حدها الأصحاب : بأنها ملكة ، أي هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أوصغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمروءة .

وهذه أحسن عبارة في حدها .

وأضعفها قول من قال : اجتناب الكبائر والإصرار على الصغائر .

لأن مجرد الاجتناب من غير أن تكون عنده ملكة ، وقوة تردعه عن الوقوع فيما يهواه غير كاف في صدق العدالة .

ولأن التعبير بالكبائر بلفظ الجمع يوهم أن ارتكاب الكبيرة الواحدة لايضر وليس كذلك .

ولأن الإصرار على الصغائر من جملة الكبائر ، فذكره في الحد تكرار .

ولأن صغائر الخسة ورذائل المباحات خارج عنه مع اعتباره .

قال في الروضة : وهل الإصرار السالب للعدالة ، المداومة على نوع من الصغائر ، أم الإكثار من الصغائر ، سواء كانت من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان .

يوافق الثاني قول الجمهور : من غلبت طاعاته معاصيه كان عدلا ، وعكسه فاسق .

ولفظ الشافعي في المختصر يوافقه .

فعلى هذا لاتضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعة .

وعلى الأول : تضر .

واعترضه في المطلب : بأن مقتضاه أن مداومة النوع الواحد تضر على الوجهين .

أما على الأول : فظاهر ، وأما على الثاني : فلأنه في ضمن حكايته ، قال : إن الإكثار من نوع واحد كالإكثار من الأنواع ، وحينئذ لايحسن معه التفصيل .

نعم : يظهر أثرها فيما لو أتى بأنواع من الصغائر .

إن قلنا بالأول : لم يضر لمشقة كف النفس عنه ، وهو ماحكاه في الإبانة .

وإن قلنا بالثاني : ضر .

وتبعه في المهمات وقال : يدل على ماذكرناه ، أنه خالف المذكور هنا .

وجزم في الكلام على الأولياء ، وفي الرضاع بأن المداومة على النوع الواحد تصيره كبيرة .

وأجاب البلقيني : بأن الإكثار من النوع الواحد غير المداومة ، فإن المراد بالأكثرية التي تغلب بها معاصيه على طاعته ، وهذا غير المداومة .

فالمؤثر على الثانى : إنما هو الغلبة لا المداومة .

والرجوع فى الغلبة إلى العرف ، فإنه يمكن أن يراد مدة العمر ، فالمستقبل لا يدخل فى ذلك ، وكذا ماذهب بالتوبة وغيرها ،

تمييز الكبائر من الصغائر

اضطرب فى حد الكبيرة ، حتى قال ابن عبد السلام : لم أقف لها على ضابط ، يعنى سالما من الاعتراض .

وعدل إمام الحرمين عن حدها إلى حد السالب العدالة .

فقال « كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ، ورقة الديانة ، فهى مبطلة للعدالة وكل جريمة لا تؤذن بذلك ، بل تبقى حسن الظن بصاحبها لا تحبط العدالة » .

قال : وهذا أحسن مايميز به أحد الضدين من الآخر .

وأما حصر الكبائر بالعد ، فلا يمكن استيفاؤه .

فقد أخرج عبد الرزاق فى تفسيره : قال أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه ، قيل لابن عباس « الكبائر سبع ؟ قال : هى إلى السبعين أقرب » .

وفى رواية عند ابن أبى حاتم « هى إلى السبعمائة أقرب » .

وأكثر من رأيته عدها : الشيخ تاج الدين السبكى فى جمع الجوامع .

فأورد منها خمسا وثلاثين كبيرة ، أكثرها فى الروضة وأصلها .

وقد أوردتها نظما فى ثمانية أبيات ، لاحشو فيها فقلت :

كالقتل والزنا وشرب الخمر	ومطلق المسكر ثم السحر
والقذف واللواط ثم الفطر	ويأس رحمة وأمن المكر
والغصب والسرقة والشهاده	بالزور والرشوة والقياده
منع زكاة ودياثة فرار	خيانة فى الكيل والوزن ظهار
نميمة كتم شهادة يمين	فاجرة على نبينا يمين
وسب صحبه وضرب المسلم	سعاية عق وقطع الرحم
حرابة تقديمه الصلاة أو	تأخيرها ومال أيتام رأوا
وأكل خنزير وميت والربا	والغل أو صغيرة قد واظبا

قلت : زاد فى الروضة ، نسيان القرآن والوطء فى الحيض .

نقله المحاملى عن نص الشافعى .

وزاد صاحب العدة : إحراق الحيوان وامتناعها من زوجها بلا سبب ، وترك الأمر بالمعروف، والنهى عن المنكر مع القدرة .

وزاد العلائى فى قواعده : عدم التنزه من البول ، والتقرب بعد الهجرة ، والإضرار فى الوصية ، ومنع ابن السبيل فضل الماء لورودها فى الحديث والشرب فى آنية الذهب ، والفضة للتوعد عليه بالنار .

مايشترط فيه العدالة ومالا يشترط

قال العلائى : مدار هذه القاعدة على القاعدة المشهورة فى أصول الفقه « إن المصالح المعتبرة إما فى محل الضرورات أو فى محل الحاجات أو فى محل التتمات ، وإما مستغنى عنها بالكلية ، إما لعدم اعتبارها أو لقيام غيرها مقامها » .

وبيان هذا :

أن اشتراط العدالة فى صحة التصرف مصلحة لحصول الضبط بها عن الخيانة والكذب والتقصير، إذ الفاسق ليس له وازع دينى ، فلا يوثق به .

فاشتراط العدالة فى الشهادة والرواية فى محل الضرورات ، لأن الضرورة تدعو إلى حفظ الشريعة فى نقلها وصونها عن الكذب .

وكذلك فى الفتوى أيضا لصون الأحكام ، ولحفظ دماء الناس وأموالهم وأبضاعهم، وأعراضهم عن الضياع ، فلو قبل فيها قول الفسقة ومن لايوثق به لضاعت .

وكذلك فى الولايات على الغير ، كالإمامة الكبرى والقضاء ، وأمانة الحكم والوصاية ومباشرة الأوقاف ، والسعاية فى الصدقات وما أشبه ذلك لما فى الاعتماد على الفاسق فى شىء منها من الضرر العظيم .

وأما محل الحاجات : ففى مثل تصرفات الآباء والأجداد لأبنائهم .

ومنهم من طرد فيه الخلاف الآتى فى النكاح والمؤذن المنصوب لاعتماد الناس على قوله فى دخول الأوقات .

إذ لو كان غير موثوق به ، لحصل الخلل فى إيقاع الصلوات فى غير أوقاتها .

وأما محل التتمات : فكإمامة الصلوات ، ولذلك لم يشترط فيها العدالة بلا خلاف عندنا

إذ ليس فيها توقع خلل بالنسبة إلى المصلين خلفه ، لأن توهم قلة مبالاته بالطهارة عن الحدث والخبث نادر في الفساق .

وكذلك ولاية القريب على قريبه الميت في التجهيز والتقدم على الصلاة لأن فرط شفقة القريب، وكثرة حزنه تبعثه على الاحتياط في ذلك ، وقوة التضرع في الدعاء له ، فالعدالة فيه من التتمات.

وأما المستغنى عنه بالكلية ، لعدم الحاجة إليه ، فكالإقرار لأن طبع الإنسان يزعه عن أن يقر على نفسه بما يقتضي قتلا ، أو قطعا ، أو تغريم مال ، فقبل من البر والفاجر. اكتفاء بالوازع الطبيعي .

ولهذا يقبل إقرار العبد بما يقتضي القصاص دون ما يوجب المال ، لأن طبعه يزعه عن إضرار نفسه بخلاف إضرار سيده .

والذي يقوم غيره مقامه : التوكيل والإيداع من المالك ، فإن نظره لنفسه قائم مقام نظر الشرع له في الاحتياط .

فيجوز له : أن يوكل الفاسق ويودع عنده ، لأن طبع المالك يزعه عن إتلاف ماله بالتفريط. ولذلك لو كان موكلا أو مودعا في مال الغير ، وجب عليه الاحتياط بالوازع الشرعي.

وهذه فروع اختلف فيها

الأول : ولاية النكاح

وفيها : ثلاثة عشر طريقا .

أشهرها : في اشتراط العدالة . فيها قولان : أصحهما نعم ، فلا يلي الفاسق . كسائر الولايات، ولأنه لا يؤمن أن يضعها عند فاسق مثله .

والثاني : لا ، لأن الأولين لم يمنعوا الفسقة من تزويج بناتهم .

الطريق الثاني : يلي قطعا

الثالث : لا يلي قطعا .

الرابع : يلي المجبر دون غيره ، لأنه أكمل شفقة .

الخامس : عكسه . لأن المجبر يستقل بالنكاح ، فربما وضعها عند فاسق ، بخلاف غيره . فتنظر هي لنفسها ، وتأذن .

السادس : يلى ، إن فسق بغير شرب الخمر . بخلاف ما إذا كان به ، لاختلاف نظره .

السابع : يلى المستتر دون المعلن .

الثامن : يلى الغيور ، دون غيره .

التاسع : يلى ، إن لم يحجر عليه .

العاشر : يلى إن كان الإمام الأعظم قطعا ، وإلا فقولان .

الحادى عشر : يلى — إن كان الإمام — نساء المسلمين ، لامولياته .

الثانى عشر : يلى ، إن كان بحيث لو سلبناه الولاية انتقلت إلى حاكم مثله ، وإلا فلا . قاله الغزالى ، واستحسنه النووى .

الثالث عشر : — قاله فى البحر — يلى ابنته ، ولا يقبل النكاح لابنه .

الفرع الثانى : الاجتهاد

قيل : العدالة ركن فيه . والأصح لا ، بل هى شرط لقبول إخباره ، حتى يجب عليه الأخذ بقول نفسه .

ما يشترط فيه العدالة الباطنة ، ومالا

فيه فروع :

منها : أفتى ابن الصلاح أن الشاهد بالرشد لايجب عليه معرفة عدالة المشهود له باطنا ، بل يكفى العدالة ظاهرا .

ومنها : شهود النكاح ، يكفى أن يكونوا مستورين . ولايشترط فيهم معرفة العدالة الباطنة على الصحيح ، لأن النكاح ينعقد بين أوساط الناس . ومن يشق عليه البحث عنها فاكتفى بالعدالة الظاهرة ، ولهذا لا يكتفى بها لو أريد إثباته عند حاكم ، أو كان العاقد الحاكم كما جزم به ابن الصلاح .

ومنها : الرواية ، والأصح فيها قبول المستور ، كما صححه فى شرح المهذب وغيره .

ومنها : ولى النكاح ، والأب فى مال ولده لايشترط فيهما العدالة الباطنة .

ومنها : المفتى لايشترط (فيه العدالة الباطنة) .

ومنها : من له الحضانة .

ومنها : مافى فتاوى السبكى : أن الناظر من جهة الواقف . هل يشترط فيه العدالة

الباطنة كالناظر من جهة القاضى ، أو تكفى فيه العدالة المجوزة لتصرف الأب فى مال ولده ؟ محتمل . والظاهر : الثانى .

وإذا حكم له الحاكم بالنظر ، هل يتوقف على ثبوت عدالته الباطنة ، أو تكفى عدالته الظاهرة؟ محتمل . ويتجه أن يكون كالأب إذا باع شيئا وأراد إثباته عند الحاكم .

وما عدا ذلك يشترط فيه العدالة الباطنة جزما .

تنبيه :فى المراد بالمستور أوجه .

أحدها : أنه من عرفت عدالته ظاهرا لا باطنا ، وهو الذى صححه النووى .

الثانى : أنه من علم إسلامه ، ولم يعلم فسقه ، و هو الذى بحثه الرافعى ، ونقله الرويانى عن النص، وصوبه فى المهمات ؛

وقال السبكى : إنه الذى يظهر من كلام الأكثرين ترجيحه .

الثالث : أنه من عرفت عدالته باطنا فى الماضى ، وشك فيها وقت العقد فيستصحب .

وهذا ما صححه السبكى .

ما يشترط فيه العدد : ومالا

اتفقوا على قبول الواحد فى نجاسة الماء ، ونحوه وفى دخول وقت الصلاة ، وفى الهدية والإذن فى دخول الدار .

ونقل ابن حزم : إجماع الأمة على قبول قول المرأة الواحدة فى إهداء الزوجة لزوجها ليلة الزفاف ، مع أنه إخبار عن تعيين مباح جزئى لجزئى . فكان مقتضاه : أن لا يقبل فى مثله .

لكن اعتضد هذا بالقرينة المستمرة عادة : أن التدليس لا يدخل فى مثل هذا ، ويدل على الزوج غير زوجته .

وهذه فروع جرى فيها خلاف

الأول : الشهادة ، ولا خلاف عندنا فى اشتراط العدد فيها : إلا فى هلال رمضان . ففيه قولان أصحهما عدم اشتراطه ، وقبول الواحد فيه .

واختلف على هذا ، هل هوجار مجرى الشهادة ، أو الرواية ؟ قولان . أصحهما الأول وينبنى عليهما قبول المرأة ، والعبد فيه ، والمستور ، والإتيان بلفظ الشهادة ، والاكتفاء فيه بالواحد عن الواحد .

والأصح فى الـكل : مراعاة حكم الشهادة ، إلا فى المستور .

وحيث قبل الواحد ، فذاك فى الصوم ، وصلاة التراويح . دون حلول الآجال ، والتعليقات وانقضاء العدد .

ونظير ذلك : لو شهد واحد بإسلام ذمى مات ، قبل فى وجوب الصلاة عليه على الأرجح دون إرث قريبه المسلم ، ومنع قريبه الـكافر اتفاقا .

ونظيره أيضا : لو شهد بعد الغروب يوم الثلاثين برؤية الهلال الليلة الماضية . لم تقبل هذه الشهادة ، إذ لافائدة لها ، إلا تفويت صلاة العيد .

نعم : تقبل فى الآجال ، والتعليقات ، ونحوها .

الثانى : الرواية ، والجمهور على عدم اشتراط العدد فيها .

ومنهم : من شرط رواية اثنين ، وقيل أربعة .

وقد ذكرت حجج ذلك ، وردها فى شرح التقريب ، والتيسير مبسوطا .

الثالث : الخارص ، وفيه قولان .

أصحهما : الاكتفاء بالواحد ، تشبيها بالحـكم .

والثانى : غلب جانب الشهادة .

وفى وجه ثالث : إن خرص على محجور ، أو غائب . شرط اثنان ، وإلا فلا .

وعلى الأول : الأصح : اشتراط حريته وذكورته ، كما فى هلال رمضان .

الرابع : القاسم : وفيه قولان ، لتردده أيضا بين الحاكم والشاهد . والأصح: يكفى واحد .

الخامس : المقوم : ويشترط فيه العدد ، بلا خلاف عندنا ، لأن التقويم شهادة محضة ، ومالك ألحقه بالحاكم .

السادس : القائف ، وفيه خلاف ، لتردده بين الرواية والشهادة .

والأصح : الاكتفاء بالواحد تغليبا لشبه الرواية ، لأنه منتصب انتصابا عاما ، لإلحاق النسب.

السابع : المترجم كلام الخصوم للقاضى ، والمذهب : اشتراط العدد فيه .

الثامن : المسمع ، إذا كان القاضى أصم .

والأصح اشتراط العدد فيه .

والثانى : غلب جانب الرواية .

والثالث : إن كان الخصمان أعجميين أيضا . اشترط ، وإلا فلا .

وأما إسماع الخصوم كلام القاضى ، وما يقوله الخصم : فجزم القفال بأنه لا حاجة فيه إلى العدد وكأنه اعتبره رواية فقط .

التاسع : المعرف . ذكر الرافعى فى الوكالة فيما إذا ادعى الوكيل لموكله الغائب ، وهو غير معروف أن العبادى قال : لابد وأن يعرف بالموكل شاهدان يعرفهما القاضى ، ويثق بهما .

قال : هذه عبارة العبادى ، والذى قاله العراقيون : أنه لا بد من إقامة البينة على أن فلان ابن فلان وكله .

وقال القاضى أبو سعد فى شرح مختصر العبادى : يمكن أن يكتفى بمعرف واحد ؛ إذا كان موثوقا به ، كما ذكر الشيخ أبو محمد : أن تعريفه فى تحمل الشهادة عليها . يحصل بمعرف واحد ، لأنه إخبار وليس بشهادة .

العاشر : بعث الحكم عند الشقاق . هل يجوز أن يكون واحدا ؟ فيه وجهان .

اختار ابن كج : المنع ، لظاهر الآية .

قال الرافعى : ويشبه أن يقال : إن جعلناه تحكيما لم يشترط فيه العدد ، أو توكيلا فكذلك ، إلا فى الخلع فيكون على الخلاف فى تولى الواحد طرفى العقد .

الحادى عشر

اختلاف المتبايعان فى صفة . هل هى عيب ؟ .

قال فى التهذيب : يرجع إلى قول واحد من أهل الخبرة بأنه عيب يثبت به الرد .

واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين ، لقوة شبهه بالشهادة ، كالتقويم .

ولو اختلف الزوجان فى قرحة . هل هى جذام ؟ أو فى بياض . هل هو برص ؟ اشترط فيه شهادة شاهدين عالمين بالطب .

كذا جزم به فى أصل الروضة ؛ فى النكاح :

الثانى عشر

فى الرجوع إلى قول الطبيب ، وذلك فى مواضع .

أحدها : فى الماء المشمس على الوجه القائل بمراجعة أهل الطب .

قال فى البيان : إن قال طبيبان إنه يورث البرص كره وإلا فلا .

قال فى شرح المهذب : واشتراط طبيبين ضعيف . بل يكفى واحد ، فإنه من باب الإخبار .

ثانيها : اعتماده فى المرض المبيح للتيمم ، والذى قطع به الجمهور : أنه يكفى قول طبيب واحد.

وفى وجه : لابد من اثنين .

وفى ثالث : يجوز اعتماد العبد والمرأة .

وفى رابع : والفاسق والمراهق

وفى خامس : والكافر .

ثالثها : اعتماده فى كون المرض مخوفا فى الوصية .

قال الرافعى : لابد فيه من الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية و العدد .

قال : ولا يبعد جريان الخلاف الذى فى التيمم هنا .

وقال النووى: المذهب الجزم باشتراط العدد وغيره ، لأنه يتعلق به حقوق آدميين من الورثة والموصى لهم ، فاشترط فيه شروط الشهادة لغيره بخلاف الوضوء فإنه حق الله وله بدل .

رابعها : اعتماده فى أن المجنون ينفعه التزويج ، وكذا المجنونة .

وعبارة الشرح ، والروضة تقتضى اشتراط العدد ، وحيث قالا عند إشارة الأطباء وفى موضع أرباب الطب .

وعبارة الشامل : إذا قال أهل الطب .

قال العلائى : ولم أجد أحدا تعرض للاكتفاء فيه بواحد ، ولا يبعد ، لأنه جار مجرى الإخبار .

تذنيب

مقدرات الشريعة على أربعة أقسام

أحدها : مايمنع فيه الزيادة والنقصان ، كأعداد الركعات ، والحدود ، وفروض المواريث.

الثانى : مالا يمنعها ، كالثلاث فى الطهارة .

الثالث : ما يمنع الزيادة دون النقصان ، كخيار الشرط بثلاث وإمهال المرتد بثلاث والقسم بين الزوجات بثلاث .

الرابع : عكسه كالثلاث فى الاستنجاء ، والتسبيع فى الولوغ والطواف والخمس فى الرضاع ، والنجوم فى الكتابة ونصب الزكاة والشهادة والسرقة .

تنبيه

المقدرات أربعة أقسام

أحدها : ماهو تقريب قطعا ، كسن الرقيق الموكل فى شرائه أو المسلم فيه ، حتى لو شرط التحديد ، بطل العقد .

الثانى : ماهو تحديد قطعا ، كتقدير مدة الخف وأحجار الاستنجاء ، وغسل ولوغ الكلب ، والأربعين فى الجمعة ، ونصب الزكاة وأصنافها ، وسن الأضحية وآجال الزكاة والجزية والدية ؛ وتغريب الزانى وإنظار المولى ، والعنين ومدة الرضاع ومقادير الحدود ونصاب السرقة .

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه تقريب ، كتقدير القلتين بخمسمائة ، وسن الحيض بتسع والمسافة بين الصفين بثلاثة أذرع . ومسافة القصر بثمانية وأربعين ميلا .

الرابع : عكسه كتقدير الخمسة الأوسق بألف وستمائة رطل بالبغدادى .

قال فى شرح المهذب : وسبب تحديد ما ذكر أن هذه المقدرات منصوصة ولتقديرها حكمة ، فلا يسوغ مخالفتها .

وأما المختلف فيه : فيشبه أن تقديره بالاجتهاد ، إذ لم يجئ نص صريح صحيح فى ذلك وماقارب القدر فهو فى المعنى مثله .

تنبيه

قد يقدر الشئ بحد ولا يبلغ به الحد

من ذلك : العرايا بما دون خمسة أوسق ، والهدنة بما دون السنة ، والحكومة بما دون الدية والرضخ بما دون السهم ، والتعزير بمادون الحد ، حتى لو عزر بالنفى لم يبلغ سنة ، والمتعة بما دون الشطر فى رأى ، بناء على أنها بدل عنه .

ومن ذلك : خاتم الفضة بما دون مثقال ، لقوله ﷺ « اتخذه من ورق ولاتتمه مثقالا » .

تنبيه : أكثر عدد اعتبره الشرع الثلاثة ثم السبعة .

فاعتبرت الثلاثة فى مسحات الاستنجاء والطهارة : وضوءا وغسلا ، ومدة الخف للمسافر ، والعادات غالبا ومدة الخيار ، والقسم والإحداد على غير الزوج ، والطلاق والإقرار والأشهر فى العدة ، وإمهال الزوجة للدخول ، والمرتد وتارك الصلاة إن أمهلناهما ، وتسبيحات الركوع والسجود ، وشهادة الإعسار فى رأى الفورانى والمتولى ، والعدد الذين يحضرون بيعة الإمام فى رأى .

واعتبرت السبعة : فى غسل الولوغ وتكبيرات العيد فى الركعة الأولى ، والخطبة الثانية وأشواط الطواف والسعى ، وسن التمييز ، والأمر بالصلاة والصوم .

واعتبر الاثنان فى الجماعة والشهادة غالبا .

واعتبرت الأربعة : فى عدد المنكوحات ، وشهادة الزنا واللواط ، وإتيان البهيمة والعدد الذين يحضرون البيعة فى رأى.

والخمسة : فى تكبيرات العيد فى الركعة الثانية ، وأول نصاب الإبل ، والعدد الذين يحضرون البيعة فى رأى .

والتسعة : فى تكبيرات العيد فى الخطبة الأولى ، وسن الحيض والإنزال

والعشرة : فى سن الضرب على ترك الصلاة .

والثلاثون : فى أول نصاب البقر .

والأربعون : فى العدد الذى تنعقد به الجمعة ، والذين يحضرون البيعة على رأى ، وأول نصاب الغنم .

والسبعون : فى الخطوات للاستبراء .

والمائة : فى الدية .

ضابط: ليس لنا موضع يعتبر فيه حضور أربعين كاملين إلا الجمعة ، والعددالذين يبايعون الإمام على رأى .

القول

فى الأداء والقضاء والإعادة والتعجيل

العبادة : إن لم يكن لها وقت محدود الطرفين ، لم توصف بأداء ولا قضاء ولا تعجيل كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ورد المغصوب والتوبة من الذنوب ، وإن أثم المؤخر لها عن المبادرة إليه .

فلو تداركه بعد ذلك لا يسمى قضاء .

وإن كان : فإما أن يقع فى الوقت أو قبله أو بعده .

والثانى : التعجيل .

والثالث : القضاء .

والأول : إن لم يسبق بفعلها مرة أخرى ، فالأداء ، وإلا فالإعادة .

ما يوصف بالأداء والقضاء ومالا

فيه فروع

الأول : الوضوء والغسل : يوصفان بالأداء .

وتردد القاضي أبو الطيب في وصفهما بالقضاء .

ولم يقف ابن الرفعة على نقل في ذلك ، فقال : يمكن وصف الوضوء بالقضاء تبعا للصلاة .

وصوره : بما إذا خرج الوقت ولم يتوضأ ولم يصل ،

فلو توضأ بعد الوقت سمى قضاء .

ويقوى ذلك ، إذا قلنا يجب الوضوء بدخول الوقت .

قيل : وفائدة ذلك تظهر في لا بس خف أحدث ولم يمسح ؛ وخرج وقت الصلاة ، ثم سافر ، صار الوضوء قضاء عن المسح الواجب في الحضر ، فلا يمسح إلا مسح مقيم ، كما قاله أبو إسحاق لمن فاتته صلاة في الحضر ، فقضاها في السفر فإنه يتم .

والجمهور منعوا ذلك وقالوا : يمسح ثلاثا .

وفرقوا بأن الوضوء لم يستقر في الذمة بخلاف الصلاة .

وعلى هذا ، فالمراد بأداء الوضوء الإيقاع ، لا المقابل للقضاء .

الثاني : الأذان ، هل يوصف بالأداء أو القضاء ؟ لم أر من تعرض له .

وينبغي أن يقال : إن قلنا الأذان للوقت ، ففعله بعده للمقضية قضاء ، فيوصف بهما .

وإن قلنا : للصلاة ، وهو القديم المعتمد فلا .

الثالث والرابع والخامس : الصلوات الخمس وصوم رمضان . والحج والعمرة ، كلها توصف بالأداء والقضاء .

فإن قيل : وقت الحج والعمرة ، العمر كله فكيف يوصف بالقضاء إذا شرع فيه ، ثم أفسده؟

فالجواب أنه تضيق بالشروع فيه .

ونظيره قول القاضي حسين والمتولي والروياني لو أفسد الصلاة صارت قضاء ، وإن أوقعها في الوقت ، لأن الخروج منها لا يجوز ، فيلزم فوات وقت الإحرام بها ، نقله الإسنوى ساكتا عليه .

لكن ضعفه البلقيني وقال : يلزم عليه أنه لو وقع ذلك فى الجمعة لم تعد لأنها لا تقضى وذلك ممنوع .

السادس : النوافل المؤقتة ، كلها توصف بهما .

السابع : صلاة الجمعة توصف بالأداء ، لا بالقضاء .

الثامن : الصلاة التى لها سبب ، لا توصف بالقضاء .

التاسع : صلاة الجنازة ، لم أر من تعرض لها .

والظاهر أنها توصف بالأداء ، وبالقضاء إذا دفن قبلها فصلى على القبر ، لأنها لو كانت حينئذ أداء لم يحرم التأخير إليه وهو حرام ، فدل على أن لها وقتا محدودا .

العاشر : الرمى : إذا ترك رمى يوم تداركه فى باقى الأيام : وهل هو أداء أو قضاء ؟ فيه قولان.

أحدهما : قضاء لمجاوزته الوقت المضروب له .

وأظهرهما : أداء ، لأن صحته مؤقتة بوقت محدود ، والقضاء . ليس كذلك .

وعلى هذا : لا يجوز تداركه ليلا ، ولا قبل الزوال ، لأنه لم يشرع فى ذلك الوقت رمى .

ويجوز تأخير رمى يوم ويومين، ليفعله مع ما بعده ، وتقديم اليوم الثانى والثالث مع اليوم الأول.

ويجب الترتيب بين المتروك ورمى اليوم .

وعلى الأول : يكون الأمر بخلاف ذلك .

هكذا فرع الرافعى .

وجزم فى الشرح الصغير بتصحيحه ، أعنى منع التدارك ليلا وقبل الزوال ، وجواز لتقديم والتأخير .

وصحح النووى : الجواز ليلا ، وقبل الزوال ومنع التقديم ، وعدم وجوب الترتيب إذا داركه قبل الزوال .

الحادى عشر : كفارة المظاهر تصير قضاء إذا جامع قبل إخراجها ، نص عليه الشافعى .

الثانى عشر : زكاة الفطر ، إذا أخرها عن يوم العيد صارت قضاء .

والحاصل . أن ماله وقت محدود ، يوصف بالأداء والقضاء إلا الجمعة ، ومالا فلا .

ومن هنا علم فساد قول صاحب المعاياة : كل صلاة تفوت فى زمن الحيض لا تقضى

إلا في مسألة وهي : ركعتا الطواف لأنها لاتتكرر بخلاف سائر الصلوات لأن ذلك لايسمى قضاء، إذ القضاء إنما يدخل المؤقت ، وهاتان الركعتان لايفوتان أبداً مادام حيا .

نعم يتصور قضاؤهما في صورة الحج عن الميت — إن سلم أيضا — أن فعلهما يسمى قضاء .

تنبيه : من المشكل قول الأصحاب : يدخل وقت الرواتب قبل الفرض بدخول وقت الفرض وبعده بفعله ، ويخرج النوعان بخروج وقت الفرض .

ووجه الإشكال : الحكم على الراتبة البعدية بخروج وقتها ، بخروج وقت الفرض .

وذلك شامل لما إذا فعل الفرض ، ولما إذا لم يفعل ، مع أن الوقت في الصورة الثانية لم يدخل بعد ، فكيف يقال بخروجه وبصيرورتها قضاء ؟ .

وأقرب مايجاب به أن يقال : إن وقتها يدخل بوقت الفرض وفعله شرط لصحتها .

قاعدة : كل عبادة مؤقتة فالأفضل تعجيلها أول الوقت ، إلا في صور .

الظهر في شدة الحر ، حيث يسن الإبراد .

وصلاة الضحى أول وقتها طلوع الشمس ، ويسن تأخيرها لربع النهار .

وصلاة العيدين : يسن تأخيرها لارتفاع الشمس .

والفطرة : أول وقتها غروب شمس ليلة العيد ، ويسن تأخيرها ليومه .

ورمي جمرة العقبة ، وطواف الإفاضة والحلق . كلها يدخل وقتها بنصف ليلة النحر ، ويستحب تأخيرها ليوم النحر .

وقلت في ذلك :

أول الوقت في العبادة أولى ماعدا سبعة ، أنا المستقرى
فطرة والضحى وعيد وظهر والطواف الحلاق رمى النحر

وإن شئت ، فقل بدل هذا البيت :

الضحى العيد فطرة ثم ظهر حيث الإبراد سائغ بالحر
وطواف الحجيج ثم حلاق بعد حج ورمى يوم النحر

ضابط : ليس لنا قضاء يتأقت إلا في صور .

أحدها : على رأى ضعيف — فى الرواتب :

قيل : يقضى فائتة النهار ، مالم تغرب شمسه . وفائتة الليل ، مالم يطلع فجره .

وقيل : كل تابع مالم يصل فريضة مستقلة .

وقيل : مالم يدخل وقتها .

الثانى : — على رأى أيضا — وهو الرمى ، لايقضى إلا بالليل .

الثالث : كفارة المظاهر إذا جامع قبل التكفير ، صارت قضاء .

ويجب أن يوقع القضاء قبل جماع آخر .

الرابع : قضاء رمضان مؤقت بما قبل رمضان آخر .

فائدة : من العبادات : ما يقضى فى جميع الأوقات ، كالصلاة والصوم .

ومنها : مالا يقتضى إلا فى وقت مخصوص ، كالحج .

ومنها : مايقضى على الفور ، كالحج والعمرة إذا فسدا ؛ والصلاة والصوم المتروكين عمدا .

وما يقضى على التراخى كالمتروكين بعذر .

قاعدة

فيما يجب قضاؤه بعد فعله لخلل ، وما لا يجب

قال فى شرح المهذب : قال الأصحاب الأعذار قسمان عام ، ونادر .

فالعام : لاقضاء معه ، للمشقة .

ومنه: صلاة المريض قاعدا ، أوموميا ، أومتيمما ؛ والصلاة بالإيماء فى شدة الخوف وبالتيمم فى موضع ، يغلب فيه فقد الماء .

والنادر : قسمان ، قسم يدوم غالبا ، وقسم لايدوم .

فالأول : كالمستحاضة ، وسلس البول ، والمذى ، ومن به جرح سائل ، أو رعاف دائم ، أو استرخت مقعدته . فدام خروج الحدث منه ، ومن أشبههم .

فكلهم يصلون مع الحدث ، والنجس ، ولايعيدون للمشقة والضرورة .

والثانى نوعان .

نوع يأتى معه ببدل للخلل ، ونوع لا يأتى .

فالأول : كمن تيمم فى الحضر لعدم الماء ، أو للبرد مطلقا ، أو لنسيان الماء فى رحله أو مع الجبيرة الموضوعة على غير طهر .

والأصح فى الكل : وجوب الإعادة .

ومنه من تيمم مع الجبيرة الموضوعة على طهر ، ولا إعادة عليه ، فى الأصح .

قال فى شرح المهذب ، ومن الأصحاب من جعل مسألة الجبيرة من العذر العام وهو حسن.

والثانى : كمن لم يجد ماء ولا ترابا ، والزمن والمريض الذى لم يجد من يوضئه ، أو من يوجهه إلى القبلة ، والأعمى الذى لم يجد من يدله عليها ، ومن عليه نجاسة لا يعفى عنها ولا يقدر على إزالتها ، والمربوط على خشبة ومن شد وثاقه ؛ والغريق ومن حول عن القبلة أو أكره على الصلاة مستدبرا أو قاعدا .

فكل هؤلاء يجب عليهم الإعادة لندور هذه الأعذار .

وأما العارى : فالمذهب أنه يتم الركوع والسجود ، ولا إعادة عليه

وقيل : يومئ ، ويعيد .

ومن خاف فوت الوقوف لو صلى العشاء . قيل : يصلى صلاة شدة الخوف ويعيد ، واختاره البلقينى صرح به العجلى ، كما نقله ابن الرفعة فى الكفاية .

وقيل : لا يعيد .

وقيل : يلزمه الإتمام ، ويفوت الوقوف ، وصححه الرافعى .

وقيل : يبادر إلى الوقوف ، ويفوت الصلاة لأنها يجوز تأخيرها عن الوقت ، للجمع بمشقة السفر ، ومشقة فوات الحج أصعب ، وهذا ماصححه النووى .

قاعدة : الأصح . أن العبرة بوقت القضاء ، دون الأداء

فيقضى الصلاة الليلية نهارا سرا والنهارية ليلا جهرا .

ولو قضيت صلاة العيد فإن كان فى أيام التكبير . فواضح أو بعد انقضائها لم يكبر فيها السبع والخمس .

صرح به العجلى ، كما نقله ابن الرفعة فى الكفاية .

وليس لنا صلاة تقضى على غير هيئتها ، إلا فى هذه الصورة .

ويشبه هذه القاعدة :

قاعدة : الأصح : أن العبرة فى الـكفارات بوقت الأداء ، دون الوجوب .

تنبيه : من المشكل قوله ، فى الروضة من زوائده صلاة الصبح ، وإن كانت نهارية ، فهى فى القضاء جهرية ، ولوقتها حكم الليل فى الجهر .

قال الإسنوى : قد فهم أكثر الناس هذا الكلام على غير ماهو عليه ، وعملوا به إلى أن يثبت لهم المراد منه .

فأما قوله « فهى فى القضاء جهرية ، ولوقتها حكم الليل فى الجهر » فقد توهموا منه أن الصبح تقضى بعد طلوع الشمس جهرا ، وليس كذلك . بل سرا على الصحيح ، كما هو القياس .

وتقرير كلام الروضة : أن الصبح ، وإن كانت من صلوات النهار فحكمها حكم الصلوات الجهرية إذا قضيت ، حتى يجهر فيها . بلاخلاف إن قضيت ليلا ، أو فى وقت الصبح ، ويكون الأول مستثنى من قولهم إن من قضى فائتة النهار بالليل ، ففى الجهر فيه وجهان .

والثانى من قولهم : إن من قضى فائتة النهار بالنهار ، يسر بلاخلاف ؟ وحتى يسر على الصحيح إن قضاها بعد طلوع الشمس . فيكون ذلك مستثنى من قولهم إن من قضى فائتة النهار بالنهار يسر ، بلا خلاف .

وقد عبر فى شرح المهذب بأوضح من عبارة الروضة . فقال : صلاة الصبح وإن كانت نهارية ، فلها فى القضاء فى الجهر حكم الليلية .

وصرح فى شرح مسلم : بأن الصبح إذا قضيت نهارا تقضى سرا ، على الصحيح . فوضح بهذا ماقرر به كلام الروضة .

وأما قوله : ولوقتها فى الجهر ، حتى يجهر . بلا خلاف إذا قضى فيه المغرب ، والعشاء ، ويكون مستثنى من قولهم إن من قضى فائتة الليل بالنهار ، يسر على الصحيح وكذلك إذا قضى فيها الصبح . كما تقدم ، وحتى يجهر على الصحيح إذا قضى فيه الظهر والعصر . فيكون مستثنى من قولهم إذا قضى فائتة النهار ، يسر بلاخلاف .

قاعدة : كل من وجب عليه شىء ، ففات . لزمه قضاؤه ، استدراكا لمصلحته ، إلا فى صور :

منها : من نذر صوم الدهر ، فإنه إذا فاته منه شىء لايتصور قضاؤه ، فلا يلزمه .

ومنها : نفقة القريب إذا فاتت ، لم يجب قضاؤها .

ومنها : إذا نذر أن يصلى الصلوات فى أوائل أوقاتها ، فأخر واحدة ، فصلاها فى آخر الوقت.

ومنها : إذا نذر أن يتصدق بالفاضل من قوته كل يوم . فأتلف الفاضل في يوم . لا غرم عليه، لأن الفاضل عن قوته بعد ذلك مستحق التصدق به بالنذر ، لا بالغرم .

ومنها : إذا نذر أن يعتق كل عبد يملكه . فملك عبيدا ، وأخر عتقهم ، حتى مات . لم يعتقوا بعد موته . لأنهم انتقلوا إلى ورثته .

ومنها : إذا نذر أن يحج كل سنة من عمره ، ففاته من ذلك شيء .

ومنها : إذا دخل مكة بغير إحرام ، وقلنا بوجوبه ، فلا يمكن قضاؤه ، لأنه إذا خرج إلى الحل كان الثاني واجبا بالشرع ، لا بالقضاء .

ومنها : رد السلام إذا تركه ، لا يقضي ولا يثبت في الذمة .

ومنها : الفرار من الزحف ، لا قضاء فيه ، ولا كفارة .

ومنها : أيام الاستسقاء . إذا قلنا : إنها يجب صومها بأمر الإمام ففاتت . فالذي يظهر أنها لا تقضى ، لأنها ذات سبب ، وقد زال كصلاة الاستسقاء .

ومنها : المجامع في رمضان ، إذا كفر على رأي مرجوح .

ضابط: ليس لنا نفل مطلق يستحب قضاؤه ، إلا من شرع في نفل صلاة ، أو صوم ، ثم أفسده فإنه يستحب له قضاؤه ، كما ذكره الرافعي في باب صوم التطوع .

ما يجوز تقديمه على الوقت ، وما لا

ضابطه : أن ما كان ماليا ، ووجب بسببين . جاز تقديمه على أحدهما . لا عليهما ، ولا ماله سبب واحد ، ولا ما كان بدنية .

فمن ذلك :

الزكاة : يجوز تقديمها على الحول ، لا على ملك النصاب ، ولا على حولين في الأصح .

وزكاة الفطر : يجوز تقديمها من أول رمضان لا قبله ، على الصحيح .

وفدية الفطر : قال في شرح المهذب لا يجوز للشيخ الهرم ، والحامل ، والمريض الذي لا يرجى برؤه تقديم الفدية على رمضان ، ويجوز بعد طلوع الفجر عن ذلك اليوم وقبل الفجر أيضا على المذهب .

وقال الروياني : فيه احتمالان .

وقال الزيادي : للحامل تقديم الفدية على الفطر ، ولا تقدم إلا فدية يوم واحد . انتهى .

وكفارة الجماع فيه ، لا تقدم على الجماع فى الصحيح .

وفدية التأخير إلى ما بعد رمضان آخر .

قال النووى فى تعجيلها قبل مجئ ذلك وجهان : كتعجيل كفارة الحنث لمعصية ، ودم القران ، يجوز بعد الإحرام بالنسكين ، لاقبله . بلا خلاف .

ودم التمتع : لايجوز قبل الإحرام بالعمرة قطعا ، ويجوز بعد الإحرام بالحج قطعا .

وفيما بينهما أوجه .

أصحها : تجوز بعد الفراغ من العمرة ، وإن لم يحرم بالحج .

والثانى : لا .

والثالث : يجوز قبل الفراغ منها أيضا .

ودم جزاء الصيد : يجوز بعد جرحه ، لوجود السبب ، لاقبله ، لفقده على المذهب .

ودم الاستمتاع باللبس ، والطيب والحلق . إن كان لعذر جاز تقديمها على الصحيح وإلا فلا ، على الصحيح .

والنذر المعلق ، مثل إن شفى الله مريضى ، فله على كذا .

قال فى شرح المهذب : لايجوز فعله قبل وجود المعلق عليه فى الأصح .

وقال فى الروضة : يجوز تقديم الإعتاق ، والتصدق على الشفاء ، ورجوع الغائب .

وكفارة الظهار . قال الرافعى : التكفير بالمال بعد الظهار ، وقبل العود جائز ، لأن الظهار أحد السببين ، والكفارة منسوبة إليه ، كما أنها منسوبة إلى اليمين ، وفيه وجه .

وكفارة القتل : يجوز تقديمها على الزهوق بعد حصول الجرح فى الأصح . كما فى جزاء الصيد ، ولا يجوز تقديمها على الجرح .

ولأبى الطيب بن سلمة فيه احتمال ، تنزيلا للعصمة منزلة أحد السببين .

وكفارة اليمين . الأصح جواز تقديمها بعد اليمين ، قبل الحنث ، لا بالصوم ، ولا إن كان الحنث معصية .

ومما قدم على وقته من العبادات البدنية

أذان الصبح ؛ وفيه أوجه . أصحها جواز تقديمه من نصف الليل .

والثانى : من خروج وقت الاختيار للعشاء إما الثلث ، أو النصف .

والثالث : من السدس الأخير .

والرابع : من سبعه .

والخامس : فى جميع الليل.

ونظيره : غسل العيد . الأصح جواز تقديمه من نصف الليل ، كأذان الصبح .

والثانى : فى جميع الليل .

والثالث : عند السحر .

ونظيره أيضا : السحور . فإن وقته يدخل بنصف الليل .

كذا جزم به الرافعى ، فى كتاب الإيمان ، والنووى فى شرح المهذب ، ولم يحكيا فيه خلافا.

القول فى الإدراك

فيه فروع :

منها : الجمعة ، تدرك بركعة قطعا .

ومنها : الأداء، يدرك بركعة فى الوقت على الأصح.

والثانى : بتكبيرة .

والثالث : بالسلام .

ومنها : فضيلة أول الوقت ، وتدرك بأن يشتغل بأسباب الصلاة . كما دخل الوقت .

وقيل : لابد من تقديم الستر على الوقت ، لأن وجوبه لا يختص بالصلاة .

وقيل : لابد من تقديم كل ما يمكن تقديمه .

وقيل : يحصل بإدراك نصف الوقت .

وقيل : بنصف وقت الاختيار .

ومنها : فضيلة تكبيرة الإحرام ، وتدرك بأن يشتغل بالتحريم عقب تحرم إمامه .

وقيل : بإدراك بعض القيام .

وقيل : بإدراك الركوع الأول.

ومنها : فضيلة الجماعة ، وتدرك بجزء قبل السلام.

وقيل : بركعة مع الإمام .

وهل تدرك بذلك فضيلة الجماعة ، التى هى التضعيف إلى بضع وعشرين ؟ ظاهر كلامهم نعم.

لكن قال فى الخادم . إن عبارة الرافعى : تدرك بركعة الجماعة ، وإن بين بركة الجماعة وفضلها فرقا.

ومنها : وجوب الصلاة بزوال العذر ، وتدرك بإدراك تكبيرة من وقتها ، أووقت ما بعدها، إن جمعت معها .

هذا هو الأصح من ستة وعشرين وجها .

والثانى : يكفى بعض تكبيرة .

والثالث : ركعة مسبوق .

والرابع : ركعة تامة .

والخامس : قدر الأولى ، وتكبيرة الثانية .

والسادس : قدرها ، وبعض تكبيرة الثانية .

والسابع : قدرها ، وركعة تامة .

والثامن : قدرها ، وركعة مسبوق .

والتاسع قدر الثانية ، وتكبيرة فى الأولى .

والعاشر : قدرها ، وبعض تكبيرة .

والحادى عشر : قدرها ، وركعة تامة .

والثانى عشر : قدرها ، وركعة مسبوق .

والثالث عشر : قدر الثانية فقط .

وتعتبر الطهارة مع كل واحد منها فتصير ستة وعشرين .

ومنها : وجوبها بإدراك جزء من الوقت قبل حدوث العذر ، والأصح أنه يحصل بإدراك قدر الفرض فقط .

وقيل : بادراك ما يجب به آخرا .

القول فى التحمل

قال إمام الحرمين : يدخل التحمل فى أربعة أشياء .

أحدها : أداء الزكاة إلى الغارم .

قال : وهذا تحمل حقيقي ، وارد على وجوب مستقر .

الثاني : كفارة زوجته في نهار رمضان ، في قول إنها عنه وعنها

الثالث : تحمل الدية عن العاقلة ، وهل تجب على العاقلة ابتداء ، أم على الجاني ، ثم تتحملها العاقلة ؟ قولان أصحهما : الثاني .

الرابع ، الفطرة ، وهل تجب على المؤدى ابتداء ، أم على المؤدى عنه ، ثم يتحملها المؤدى؟ قولان (أو وجهان) أصحهما الثاني .

قلت : ولهذا الخلاف نظائر :

منها : الفاتحة ، هل وجبت على المسبوق ، ثم سقطت ويتحملها الإمام عنه ، أو لم تجب أصلا ؟ رأيان . أصحهما : الأول .

ومنها : إذا زوج أمته بعبده ، لم يجب مهر ، وهل وجب ثم سقط ، أو لم يجب أصلا ؟ وجهان. أصحهما : الثاني .

ومنها : من عرض له المانع ، وقد أدرك من الوقت مالا يسع الصلاة . فهل نقول وجبت ، ثم سقطت ، أو لم تجب أصلا ؟ فيه تردد للأصحاب .

وصرح في شرح المهذب بالثاني .

قال السبكي : وكلام الأصحاب يقتضي الأول ، فالوجوب بأول الوقت ، والاستقرار بالتمكن كما في الزكاة .

ومنها : إذا خرج من مكة ، ولم يطف للوداع ، فعليه دم . فإن عاد قبل مسافة القصر سقط الدم ، على الصحيح .

هذه عبارة الأصحاب .

وظاهر السقوط : أنه وجب ، ثم سقط .

ونازع الشيخ أبو حامد في كونه وجب .

وكذلك في نظيره : من مجاوزة الميقات إذا عاد.

ومنها : إذا قتل الوالد الفرع . فهل يقول يجب القصاص ، ويسقط ، أو لم يجب أصلا ؟ فيه وجهان . حكاهما الإمام ، وقال لا جدوى للخلاف .

ضابط : قال ابن القاص : يحمل الإمام عن المأموم : السهو ، وسجود القرآن ، والقيام ، والقراءة للمسبوق ، والجهر ، والتشهد الأول إذا فاتته ركعة ، والسورة في الجهرية ودعاء القنوت ،

القول فى الأحكام التعبدية

منها : اختصاص الطهارة بالماء ، فيه رأيان :

أحدها : أنه تعبدى. لايعقل معناه ، وعليه الإمام والكنانى .

الثانى : أنه معلل باختصاص الماء بالرقة ، واللطافة ، والتفرد فى جوهره ، وعدم التركيب ، وعليه الغزالى .

ومنها ، اختصاص التعفير بالتراب . قيل : إنه تعبدى ، وقيل : معلل بالاستظهار . وقيل : بالجمع بين الطهورين .

ومنها : أسباب الحدث ، والجنابة تعبدية لايعقل معناه . فلا يقبل القياس .

قال بعضهم : ولولا أنها تعبدية ، لم يوجب المنى « الذى هو طاهر عند أكثر العلماء » غسل كل البدن ، ويوجب البول والغائط — اللذان هما نجسان بإجماع — غسل بعضه .

ومنها نصب الزكاة ، ومقاديرها .

ومنها : تحريم الصلاة فى الأوقات المكروهة .

قال البغوى : إنه تعبدى ، لايدرك معناه .

وتعقب بأن فى حديث مسلم الإشارة إلى المعنى حيث قال « فإنها تطلع بين قرنى شيطان » وحينئذ يسجد لها الكفار فأشعر بأن النهى لترك مشابهة الكفار .

وقد اعتبر ذلك الشرع فى مواضع

منها : لو كمل وضوءه إلى إحدى الرجلين ، ثم غسلها ، وأدخلها الخف ، فإنه ينزع الأولى ، ثم يلبسها .

ومنها : إذا اصطاد ، وهو محرم . لم يرسله حتى حل ، ولا امتناع للصيد ، فإنه يرسله ثم يأخذه إذا شاء .

ومنها : إذا كال المشترى الطعام ، ثم باعه فى الصاع لم يجز ، حتى يكيله ثانيا .

ومنها : استحباب تسمية المهر فى نكاح عبده بأمته .

ومنها : أكثر مسائل العدة ، والاستبراء .

ومنها : اختصاص عقد النكاح بلفظ التزويج ، والإنكاح .

ومنها : حرمة الإسراف فى الماء ، وكراهته على النهر .

ومنها : تحريم الصوم على الحائض .

قال الإمام : لايعقل معناه ، لأنه إن كان لعدم الطهارة ، فالطهارة ليست شرطا فى الصوم ، بدليل صحة صوم الجنب ، وإن كان لكونه يضعفها ، فهذا لايقتضى التحريم ، بل عدم الإيجاب ، بدليل مالو تكلف المريض ، أو المسافر ، فصاما مع الإجهاد ؛ فإنه يصح .

ومنها : تحريم الذكاة بالسن والظفر .

قال ابن الصلاح : لم أجد بعد البحث أحدا ذكر لذلك معنى يعقل ، كأنه تعبدى عندهم .

تنبيه : قريب من ذلك ماشرع لسبب ، ثم زال ذلك السبب ، فاستمر .

كالرمل ، فإنه شرع لمراءاة المشركين ، وقد زالت واستمر هو.

وقريب من هذا : إمرار الموسى على رأس الأقرع ، تشبها بالحالقين .

ونظيرها : إمراره على ذكر من ولد مختونا ، ذكره بعض شراح الحديث .

ونظيره أيضا : إمرار السواك على فم من ذهبت أسنانه ، لحديث فى ذلك ولم أر من تعرض له من الفقهاء .

خاتمة : قال بعضهم : إذا عجز الفقيه عن تعليل الحكم قال : هذا تعبدى .

وإذا عجز عنه النحوى قال : هذا مسموع .

وإذا عجز عنه الحكيم قال : هذا بالخاصية .

القول فى الموالاة

هى سنة على الأصح : فى الوضوء ، والغسل والتيمم إلا فى طهارة دائم الحدث فواجبة وبين أشواط الطواف ، والسعى ، والجمع بين الصلاتين فى وقت الثانية وأيمان القسامة وسنة تعريف اللقطة .

وقيل : واجبة فى الكل .

وواجبة على الأصح ، فى الجمع ، فى وقت الأولى ، وبين طهارة دائم الحدث ، وصلاته ؛ وبين كلمات الأذان ، والإقامة ؛ وبين الخطبة ، وصلاة الجمعة ، وفى الخطبة وكأيمان اللعان وسنة التغريب فى الزنا .

وقيل : لايجب فى الكل .

ويجب قطعا بين كلمات الفاتحة ؛ والتشهد ، ورد السلام ، والإيجاب والقبول ؛ فى العقود إلا الوصية .

قاعدة : ماتعتبر فيه الموالاة ، فالتخلل القاطع لها مضر ، وغالبها يرجع فيه إلى العرف ، وربما كان مقدار أمن التخلل مغتفر فى باب دون باب ، كما سنبينه .

أما الطهارة : ففى تخللها القاطع أوجه .

أحدها : الرجوع فيه إلى العرف .

والثانى : أنه الطويل المتفاحش .

والثالث : ما يمكن فيه تمام الطهارة .

والرابع : — وهو الأصح — أن يمضى زمن يجف فيـــه المغسول آخرا مع اعتدال الزمان والمزاج ، ويقدر الممسوح مغسولا .

وأما طهارة دائم الحدث ، وصلاته فقال الإمام ذهب الذاهبون إلى المبالغة فى الأمر بالبدار.

وقال آخرون : يغتفر تخلل فصل يسير .

قال : وضبطه على التقريب عندى أن يكون على قدر الزمن المتخلل بين صلاة الجمع اه .

والمرجع فى تخلل صلاة الجمع إلى العرف على الصحيح .

وأقل الفصل اليسير بينهما : ما كان بقدر الإقامة ، والطويل مازاد .

وعلى الأول : قال القاضى أبو الطيب مامنع من البناء على الصلاة إذا سلم ناسيا ، منع الجمع ، ومالا ، فلا.

تنبيه : اغتفر تأخير دائم الحدث لانتظاره الجماعة ، ولم يغتفر ذلك فى الجمع .

قال فى الوافى : والفرق أن صلاتى الجمع كالواحدة فيضر الفصل الطويل .

ويرجع إلى العرف أيضا فى موالاة الفاتحة فيقطعها سكوت طويل عمدا ويسير قصد به قطع القراءة وذكر إلا إن تعلق بالصلاة فى الأصح ولا يقطعها تكرار آية من الفاتحة .

قال المتولى : إلا أن تكون تلك الآية منقطعة عن التى وقف عليها ، فإنها تقطعه ، بأن وصل إلى «أنعمت» ثم قرأ «مالك يوم الدين» فقط ، كذا نقله فى شرح المهذب.

قال الإسنوى : والذى قاله المتولى ظاهر ، يمكن حمل إطلاقهم عليه ، لاسيما أن الصورة المذكورة نادرة ، يبعد إرادتها .

ويرجع إلى العرف أيضا فى موالاة الأذان ، فلا يقطعه اليسير من السكوت والكلام والنوم والإغماء والجنون والردة ، ويقطعه الطويل منها .

وقيل : لايقطعه الطويل أيضا .

وقيل : يقطعه اليسير أيضا ، والكلام أولى بالإبطال من السكوت ، والنوم أولى به من الكلام ، والإغماء أولى به من النوم ، والجنون أولى به من الإغماء والردة أولى به من الجنون، والإقامة أولى به من الأذان .

وحيث قلنا : لايقطعه الطويل ، فالمراد إذا لم يفحش الطول بحيث لايعد مع الأول أذانا .

ويرجع إليه أيضا في موالاة الخطبة والطواف والسعى .

قال الإمام : التفريق الكثير ، مايغلب على الظن تركه الطواف .

وفى سنة تعريف اللقطة قال الإمام : فلايلزم استيعاب السنة ، بل لايعرف فى الليل ولايستوعب الأيام أيضا على المعتاد ، فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين طرفى النهار ، ثم كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع ، ثم كل شهر ، بحيث لاينسى أنه تكرار للأول .

وأما البيع والنكاح ونحوهما ، فضابط الفصل الطويل فيها ما أشعر بإعراضه عن القبول .

وفى وجه : ماخرج عن مجلس الإيجاب .

وفى ثالث : ما لايصلح جوابا للكلام فى العادة .

وعلى الأول : لوحصل الفصل بكلام أجنبى قصير ، فذكر الرافعى فى البيع والنكاح أنه يضر ، على الأصح ، وذكر فى الطلاق والخلع أنه لاينقطع به الاتصال بين الإيجاب والقبول على الأصح ، ووافقه فى الروضة على هذه المواضع .

وقال فى شرح المهذب فى البيع : ولو تخللت كلمة أجنبية ، بطل العقد .

قال ابن السبكى : والفرق أن الخلع أوسع قليلا على ما أشار إليه بعض الأصحاب ، فلم يشترط فيه من الاتصال ، القدر المشترط فى البيع ونحوه .

وأما رد السلام : فحكمه حكم الإيجاب والقبول .

وقال الإمام : الاتصال المعتبر فى الاستثناء أبلغ منه بين الإيجاب والقبول لصدورهما من شخصين ، وقد يحتمل من شخصين ما لايحتمل من واحد ، فلا تضر فيه سكتة تنفس وعى .

لكن نقل النووى عن صاحب العدة ، والبيان أنهما حكيا عن المذهب ، أنه لو قال على ألف ، أستغفر الله إلا مائة صح ، واحتجا بأنه فصل يسير فصار كقوله على ألف يافلان إلا مائة.

قال النووى : وهذا الذى نقلاه فيه نظر .

وقال السبكى فى الجمع بينهما : يظهر أن الكلام اليسير إن كان أجنبيا ، فهو الضار وإلا فهو الذى يغتفر كقوله أستغفر الله ، ويافلان فليحمل كل منهما على الفصل اليسير بنحو أستغفر الله، ويافلان لاعلى مطلق الفصل اليسير .

فائدة : قال ابن السبكى : الضابط فى التخلل المضر فى الأبواب أن يعد الثانى منقطعا عن الأول وهذا يختلف باختلاف الأبواب ، فرب باب يطلب فيه من الاتصال مالا يطلب فى غيره، وباختلاف المتخلل نفسه ، فقد يغتفر من السكوت مالا يغتفر من الكلام ، ومن الكلام المتعلق بالعقد ، مالا يغتفر من الأجنبى ، ومن المتخلل بعذر ، مالا يغتفر من غيره ، فصارت مراتب .

أقطعها للاتصال : كلام كثير أجنبى ، وأبعدها عنه سكوت يسير لعذر .

وبينهما مراتب لاتخفى .

تنبيه :من المشكل هنا : ماذكره الرافعى وغيره فى الولى إذا وهب الصبى من يعتق عليه ولم يقبله ، أن الحاكم يقبله ، فإن لم يفعل قبله الصبى بعد بلوغه .

قال ابن السبكى : فهذا فصل طويل ، فلماذا يغتفر ؟.

وأيضا : فالإيجاب صدر والصبى غير أهل للقبول .

قال:ولا يمكن أن يحمل على قبول إيجاب متجدد بعد البلوغ ، لأن ذلك معروف ، لامعنى لذكره.

القول فى فروض الكفاية وسننها

قال الرافعى وغيره : فروض الكفاية أمور كلية ، تتعلق بها مصالح دينية ، أودنيوية لاينتظم الأمر إلا بحصولها ، فطلب الشارع تحصيلها ، لا تكليف واحد منها بعينه بخلاف العين ،وإذا قام به من فيه كفاية سقط الحرج عن الباقين ، أو أزيد على من يسقط به ، فالكل فرض أو تعطل ، أثم كل من قدر عليه إن علم به ، وكذا إن لم يعلم إذا كان قريبا منه ، يليق به البحث والمراقبة ، ويختلف بكبر البلد ، وقد ينتهى خبره إلى سائر البلاد ، فيجب عليهم ، وللقائم به مزية على القائم بالعين لإسقاط الحرج عن المسلمين بخلافه .

ومن ثم ادعى إمام الحرمين ووالده، والأستاذ أبو إسحاق الإسفرايينى أنه أفضل من فرض العين ، وحكاه أبو على السنجى عن أهل التحقيق ، والمتبادر إلى الأذهان خلافه .

وفروض الكفاية كثيرة

منها : تجهيز الميت غسلا ، وتكفينا ، وحملا، وصلاة عليه ودفنا ، ويسقط جميعها بفعل واحد.

وفى الصلاة وجه : أنه يجب اثنان ، وآخر ثلاثة ، وآخر أربعة ، ولا تسقط بالنساء وهناك رجال .

ومنها : الجماعة فى الأصح ، وإنما تسقط بإقامتها بحيث يظهر الشعار فى البلد ، فإن كان صغيرا كفى إقامتها فى موضع واحد ، وإلا فلا بد من إقامتها فى كل محلة .

ومنها : الأذان والإقامة على وجه اختاره السبكى ، وإنما يسقط بإظهارها فى البلد ، أو القرية ، بحيث يعلم به جميع أهلها لو أصغوا .

ففى القرية : يكفى الأذان الواحد ، وفى البلد لا بد منه فى مواضع .

وعلى هذا قال فى شرح المهذب : الصواب ، وظاهر كلام الجمهور : إيجابه لكل صلاة .

وقيل : يجب فى اليوم والليلة مرة واحدة .

ولنا وجه : أنه فرض كفاية فى الجمعة دون غيرها ، لأنه دعاء إلى الجماعة والجماعة واجبة فى الجمعة مستحبة فى غيرها ، فالدعاء إليها كذلك .

وعلى هذا ؛ فالواجب فيها : هو الذى بين يدى الخطيب ، أويسقط بالأول ؟ فيه وجهان .

ومنها : تعلم أدلة القبلة على ما صححه النووى .

ومنها : صلاة العيد ، على وجه .

ومنها : صلاة الكسوف ، على وجه ، حكاه فى الحاوى وجزم به الخفاف فى الخصال .

ومنها : صلاة الاستسقاء على وجه ، حكاه فى الكفاية .

ومنها : إحياء الكعبة كل سنة بالحج .

قال الرافعى : هكذا أطلقوه .

وينبغى : أن تكون العمرة كالحج ، بل الاعتكاف والصلاة فى المسجد الحرام ؛ فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك .

واستدركه النووى بأن ذلك لا يحصل مقصود الحج ، فإنه يشتمل على الرمى والوقوف والمبيت بمزدلفة ومنى ، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك .

قال فى المهمات : وكلام النووى لا يلاقى كلام الرافعى ، فإن الكلام فى إحياء الكعبة لا فى إحياء هذه البقاع .

قال : وإن كان المتجه فى الصلاة والاعتكاف ما ذكره النووى ، فإنه ليس فيهما إحياء الكعبة، ولو كان الاعتكاف داخلها لعدم الاختصاص .

قال : والمتجه أن الطواف كالعمرة .

وأجاب البلقينى عن بحث الرافعى بأن المقصود الأعظم ببناء البيت : الحج فكان إحياؤه به بخلاف العمرة والاعتكاف والصلاة والطواف .

قال فى شرح المهذب ولا يشترط عدد مخصوص ، بل الفرض حجها فى الجملة .

وقال الإسنوى ، وغيره المتجه اعتبار عدد يظهر به الشعار .

تنبيهان

الأول : علم مما تقرر : أن إحياء الكعبة كل سنة بالحج فرض كفاية ، وأن فرض الكفاية إذا قام به زيادة على من يسقطه ، فالكل فرض أنه لا يتصور وقوع الحج نفلا ، وأن قاعدة « إن الفعل لا يجب إتمامه بالشروع » غير منقوضة .

الثانى : إن ثبت ما تقدمت الإشارة إليه ـ من أن العمرة لا يحصل بها الإحياء ـ زال الإشكال فى كون الطواف أفضل منها ، لكونها تقع من المتطوع نفلا .

ومسألة التفضيل بين الطواف ، والعمرة مختلف فيها ، وألف فيها المحب الطبرى كتابا .

قال فيه .

ذهب قوم من أهل عصرنا إلى تفضيل العمرة ، ورأوا أن الاشتغال بها أفضل من الطواف، وذلك خطأ ظاهر ، وأدل دليل على خطئه مخالفة السلف الصالح ، فإنه لم ينقل تكرار العمرة عن النبى ﷺ ، ولا عن الصحابة والتابعين .

وقد روى الأزرقى « أن عمر بن عبد العزيز سأل أنس بن مالك : الطواف أفضل ، أم العمرة ؟ فقال : الطواف » .

وقال طاوس : الذين يعتمرون من التنعيم . ما أدرى يؤجرون ، أم يعذبون ؟ قيل : لم ؟ قال : لأن أحدهم يدع الطواف بالبيت ، ويخرج إلى أربعة أميال ، ويجىء .

وقد ذهب أحمد إلى كراهة تكرارها فى العام ، ولم يذهب أحد إلى كراهة تكرار الطواف ، بل أجمعوا على استحبابه .

وفروض الكفاية كثيرة

منها : تجهيز الميت غسلا ، وتكفينا ، وحملا ، وصلاة عليه ودفنا ، ويسقط جميعها بفعل واحد.

وفي الصلاة وجه : أنه يجب اثنان ، وآخر ثلاثة ، وآخر أربعة ، ولا تسقط بالنساء وهناك رجال .

ومنها : الجماعة في الأصح ، وإنما تسقط بإقامتها بحيث يظهر الشعار في البلد ، فإن كان صغيرا كفى إقامتها في موضع واحد ، وإلا فلا بد من إقامتها في كل محلة .

ومنها : الأذان والإقامة على وجه اختاره السبكي ، وإنما يسقط بإظهارهما في البلد ، أو القرية ، بحيث يعلم به جميع أهلها لو أصغوا .

ففي القرية : يكفي الأذان الواحد ، وفي البلد لا بد منه في مواضع .

وعلى هذا قال في شرح المهذب : الصواب ، وظاهر كلام الجمهور : إيجابه لكل صلاة .

وقيل : يجب في اليوم والليلة مرة واحدة .

ولنا وجه : أنه فرض كفاية في الجمعة دون غيرها ، لأنه دعاء إلى الجماعة والجماعة واجبة في الجمعة مستحبة في غيرها ، فالدعاء إليها كذلك .

وعلى هذا ؛ فالواجب فيها : هو الذي بين يدي الخطيب ، أو يسقط بالأول ؟ فيه وجهان .

ومنها : تعلم أدلة القبلة على ما صححه النووي .

ومنها : صلاة العيد ، على وجه .

ومنها : صلاة الكسوف ، على وجه ، حكاه في الحاوي وجزم به الخفاف في الخصال .

ومنها : صلاة الاستسقاء على وجه ، حكاه في الكفاية .

ومنها : إحياء الكعبة كل سنة بالحج .

قال الرافعي : هكذا أطلقوه .

وينبغي : أن تكون العمرة كالحج ، بل الاعتكاف والصلاة في المسجد الحرام ؛ فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك .

واستدركه النووي بأن ذلك لا يحصل مقصود الحج ، فإنه يشتمل على الرمي والوقوف والمبيت بمزدلفة ومنى ، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك .

قال في المهمات : وكلام النووي لا يلاقي كلام الرافعي ، فإن الكلام في إحياء الكعبة لا في إحياء هذه البقاع .

قال : وإن كان المتجه فى الصلاة والاعتكاف ما ذكره النووى ، فإنه ليس فيهما إحياء الكعبة ولو كان الاعتكاف داخلها لعدم الاختصاص .

قال : والمتجه أن الطواف كالعمرة .

وأجاب البلقينى عن بحث الرافعى بأن المقصود الأعظم ببناء البيت : الحج فكان إحياؤه به بخلاف العمرة والاعتكاف والصلاة والطواف .

قال فى شرح المهذب ولا يشترط عدد مخصوص ، بل الفرض حجها فى الجملة .

وقال الإسنوى ، وغيره المتجه اعتبار عدد يظهر به الشعار .

تنبيهان

الأول : علم مما تقرر : أن إحياء الكعبة كل سنة بالحج فرض كفاية ، وأن فرض الكفاية إذا قام به زيادة على من يسقطه ، فالكل فرض أنه لا يتصور وقوع الحج نفلا ، وأن قاعدة « إن الفعل لا يجب إتمامه بالشروع » غير منقوضة .

الثانى : إن ثبت ما تقدمت الإشارة إليه — من أن العمرة لا يحصل بها الإحياء — زال الإشكال فى كون الطواف أفضل منها ، لكونها تقع من المتطوع نفلا .

ومسألة التفضيل بين الطواف ، والعمرة مختلف فيها ، وألف فيها المحب الطبرى كتابا . قال فيه .

ذهب قوم من أهل عصرنا إلى تفضيل العمرة ، ورأوا أن الاشتغال بها أفضل من الطواف ، وذلك خطأ ظاهر ، وأدل دليل على خطئه مخالفة السلف الصالح ، فإنه لم ينقل تكرار العمرة عن النبى ﷺ ، ولا عن الصحابة والتابعين .

وقد روى الأزرقى « أن عمر بن عبد العزيز سأل أنس بن مالك : الطواف أفضل ، أم العمرة ؟ فقال : الطواف » .

وقال طاوس : الذين يعتمرون من التنعيم . ما أدرى يؤجرون ، أم يعذبون ؟ قيل : لم ؟ قال : لأن أحدهم يدع الطواف بالبيت ، ويخرج إلى أربعة أميال ، ويجئ .

وقد ذهب أحمد إلى كراهة تكرارها فى العام ، ولم يذهب أحد إلى كراهة تكرار الطواف ، بل أجمعوا على استحبابه .

وهذا الذي اختاره من يفضل الطواف عليها ، هو الذي نصره ابن عبدالسلام ، وأبو شامة.

وحكى بعضهم في التفضيل بينهما احتمالات .

ثالثها : إن استغرق زمان الاعتمار ، فالطواف أفضل ، وإلا فهي أفضل .

قال في الخادم : يحتمل أن يقال : إن حكاية الخلاف في التفضيل لا تتحقق ، فإنه إنما يقع بين متساويين في الوجوب ، والندب. فلا تفضيل بين واجب ، ومندوب ، ولا شك أن العمرة لا تقع من المتطوع إلا فرض كفاية ، والكلام في الطواف المسنون .

نعم ، إن قلنا ، إن إحياء الكعبة يحصل بالطواف ، كما يحصل بالحج والاعتمار . وقع الطواف أيضا فرض كفاية ، لكنه بعيد اه .

قال المحب الطبري : والمراد بكون الطواف أفضل : الإكثار منه ، دون أسبوع واحد فإنه موجود في العمرة ، وزيادة .

قلت : ونظيره ما في شرح المهذب أن قولنا : الصلاة أفضل من الصوم . المراد به الإكثار منها ، بحيث تكون غالبة عليه ، وإلا فصوم يوم أفضل من صلاة ركعتين بلا شك .

ومن فروض الكفاية

الجهاد . حيث الكفار مستقرون في بلدانهم ، ويسقط بشيئين .

أحدهما : أن يحصن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من الكفار .

الثاني : أن يدخل الإمام دار الكفار غازيا بنفسه أو بجيش يؤمر عليهم من يصلح لذلك وأقله مرة واحدة في كل سنة ، فإن زاد ، فهو أفضل ، ولا يجوز إخلاء سنة عن جهاد ، إلا لضرورة ، بأن يكون في المسلمين ضعف ، وفي العدو كثرة ، ويخاف من ابتدائهم الاستئصال لعذر ، بأن يعز الزاد ، وعلف الدواب في الطريق ، فيؤخر إلى زوال ذلك ، أو ينتظر لحاق مدد ، أو يتوقع إسلام قوم . فيستميلهم بترك القتال .

ومنها : التقاط المنبوذ .

ومنها : اللقطة على وجه .

ومنها : رد السلام ، حيث المسلم عليه جماعة .

ومنها : دفع ضرر المسلمين ، ككسوة عار ، وإطعام جائع ، إذا لم يندفع بزكاة وبيت مال ، وهل يكفي سد رمق ، أو لابد من تمام الكفاية التي يقوم بها من يلزمه نفقته خلاف .

قال : ومحاويج أهل الذمة كالمسلمين ، وصرح به القمولى فى الجواهر ، ويختص الوجوب بأهل الثروة .

ومنها : إغاثة المستغيثين فى النائبات ، ويختص بأهل القدرة .

ومنها : فك الأسرى ، ذكره الزركشى . نقلا عن التجريد . لابن كج .

ومنها : إقامة الحرف والصنائع ، وما تتم به المعايش . كالبيع ، والشراء ، والحرث وما لا بد منه . حتى الحجامة ، والكنس .

ومنها . تحمل الشهادة ، وأداؤها ، وتولى الإمامة ، والقضاء ، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق .

ومنها : الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، ولا يختص بأرباب الولايات ، ولا بالعدل ، ولا بالحر ، ولا بالبالغ . ولا يسقط بظن أنه لا يفيد ، أو علم ذلك عادة ، مالم يخف على نفسه ، أو ماله ، أو على غيره مفسدة أعظم من ضرر المنكر الواقع .

ومنها : النكاح . عده بعض أصحابنا فرض كفاية ، حتى لو امتنع منه أهل قطر أجبروا حكاه فى شرح الروضة ، وجزم به فى الوسيط ، ومال السبكى إلى قتالهم ، وإن قنعوا بالتسرى مع تضعيفه القول بأنه فرض كفاية .

لكن قال القمولى فى الجواهر : الظاهر أن المراد بكونه فرض كفاية ، ما إذا طلبه رجل، فإنه يجب على نساء البلد إجابته ، ويسقط بواحدة ، وكذا على الأولياء المجبرين

وخطأه فى الخادم ، وقال : المراد تركه للأمة ، لانقطاع النسل .

ومنها : تعليم الطالبين ، والإفتاء ، ولا يكفى فى إقليم مفت واحد .

والضابط : أن لا يبلغ ما بين مفتيين مسافة القصر .

قال الفزارى : ولا يستغنى بالقاضى عن المفتى ، لأن القاضى يلزم من رفع إليه ، عند التنازع ، والمفتى يرجع إليه المسلم فى جميع أحواله العارضة .

ومنها : إسماع الحديث .

ومنها : تصنيف الكتب . أشار إليه البغوى فى أول التهذيب .

وقال الزركشى فى قواعده : من فرض الكفاية : تصنيف الكتب لمن منحه الله فهما واطلاعا ، ولن تزال هذه الأمة — مع قصر أعمارها — فى ازدياد ، وترق فى المواهب والنوادر.

والعلم : لا يحل كتمه . فلو ترك التصنيف لضيع العلم على الناس .

ومنها : القيام بإقامة الحجج ، وحل المشكلات في الدين ، وبعلوم الشرع ، وهي : التفسير ، والحديث ، والفقه . بحيث يصلح للقضاء ، والإفتاء ، وآلاتها . كالأصول والنحو . والصرف . واللغة . وأسماء الرواة . والجرح والتعديل . واختلاف العلماء واتفاقهم والطب . والحساب المحتاج إليه في المعاملات . والإرث . والوصايا ؛ ونحوها .

وإنما يتوجه ذلك على أهل القضاء غير بليد له ما يكفيه ؛ ويدخل الفاسق . ولا يسقط به . ولا يدخل العبد ، والمرأة ، وفي سقوطه بهما وجهان .

ومنها : حفظ القرآن ، والحديث . ذكره في شرح المهذب .

وعبر العبادي في الزيادات ، والجرجاني : بحفظ جميع القرآن .

وعبر الماوردي : بنقل السنن .

وعد الشهرستاني ، في الملل والنحل : الاجتهاد من فروض الكفايات .

قال : فلو اشتغل بتحصيله واحد : سقط الفرض عن الجميع ، وإن قصر فيه أهل عصر عصوا بتركه ، وأشرفوا على خطر عظيم ، فإن الأحكام الاجتهادية إذا كانت مترتبة على الاجتهاد ترتب المسبب على السبب ، ولم يوجد السبب كانت الأحكام عاطلة ، والآراء كلها متماثلة ، فلا بد إذن من مجتهد ، انتهى . قاله الزركشي .

ومن فروض الكفايات

جهاد النفس

قال الشيخ علاء الدين الباجي : جهاد النفس فرض كفاية على المسلمين البالغين العاقلين ، ليرقى بجهادها في درجات الطاعات ، ويظهر ما استطاع من الصفات . ليقوم بكل إقليم رجل من أهل الباطن . كما يقوم به رجل من علماء الظاهر ، كل منهما يعين المسترشد على ما هو بصدده ، فالعالم : يقتدى به ، والعارف : يهتدى به ، وهذا ما لم يستول على النفس طغيانها ، وانهماكها في عصيانها . فإن كان كذلك ، صار اجتهادها فرض عين بكل ما استطاع .

فإن عجز استعان عليهما بمن يحصل له المقصود من علماء الظاهر والباطن ، بحسب الحاجة وهو أكبر الجهادين ، إلى أن ينصره الله تعالى .

خاتمة

العلوم تنقسم إلى ستة أقسام

أحدها فرض كفاية

وقد مر .

والثانى : فرض عين

وهو ما يحتاج إليه العامة فى الفرائض : كالوضوء ، والصلاة ، والصوم ، إنما يتوجه بعد الوجوب ، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن : لزمه التعلم قبله ، كما يلزم بعيد الدار : السعى إلى الجمعة قبل الوقت .

وما كان على الفور : فتعلمه على الفور ، ومالا : فلا .

وإنما يلزم تعلم الظواهر ، لا الدقائق ، والنوادر .

ومن له مال زكوى ، يلزمه ظواهر أحكام الزكاة .

ومن يبيع ويشترى ، يلزمه تعلم أحكام المعاملات .

ومن له زوجة . يلزمه تعلم أحكام عشرة النساء ، وكذا من له أرقاء ، وكذا معرفة ما يحل ، وما يحرم من مأكول ، ومشروب ، وملبوس .

وأما علم الكلام : فليس عينا .

قال الإمام : ولو بقى الناس على ما كانوا عليه لنهينا عن التشاغل به .

أما إذ ظهرت البدع ، فهو فرض كفاية ، لإزالة الشبه ، فإن ارتاب أحد فى أصل منه لزمه السعى فى إزاحته .

قال فى شرح المهذب : فإن فقد الأمران ، فحرام .

والواجب فى الاعتقاد : التصديق الجازم بما جاء به القرآن ، والسنة .

وأما علم القلب

ومعرفة أمراضه من الحسد ، والعجب ، والرياء ، ونحوها

فقال الغزالى : إنها فرض عين .

وقال غيره : من رزق قلبا سليما منها كفاه ، وإلا فإن تمكن من تطهيره بغيره لزمه ، وإن لم يتمكن إلا بتعلمه ، وجب .

الثالث : مندوب

كالتبحر فى العلوم السابقة بالزيادة على ما يحصل به الفرض .

الرابع : حرام

كالفلسفة ، والشعبذة ، والتنجيم ، والرمل ، وعلوم الطبائعيين ، والسحر .

هذا ما فى الروضة .

ودخل فى الفلسفة : المنطق ، وصرح به النووى فى طبقاته ، وابن الصلاح فى فتاويه ، وخلائق آخرون .

ومن هذا القسم : علم الحرف ، صرح به الذهبى ، وغيره والموسيقى . نقل ابن عبد البر الإجماع عليه .

الخامس : مكروه : كأشعار المولدين فى الغزل ، والبطالة .

السادس : مباح كأشعارهم التى لاسخف فيها ، ولا مايثبط عن الخير ، ولا يحث عليه .

ذكر هذه الأقسام النووى فى الروضة ، وغيرها .

فقد استكمل العلم أقسام الأحكام الخمسة .

ونظيره فى الأقسام المذكورة : النكاح . فإنه يكون فرض كفاية كما تقدم ، وفرض عين على من خاف العنت ؛ ومندوبا لتائق إليه واجد أهبة ، ومكروها لفاقد الأهبة والحاجة ، أو واجدها ، وبه علة ، كهرم ، أو تعنين ، أو مرض دائم ، ومباحا لواجد الأهبة غير محتاج ولا علة . وحراما لمن عنده أربع .

ونظيره فى تلك أيضا : القتل ؛ فإنه يكون فرض عين على الإمام فى الردة ، والحرابة وترك الصلاة ، والزنا .

وفرض كفاية فى الجهاد ، والصيال على بضع .

ومندوبا فى الحربى إذا قدر عليه ، ولامصلحة فى استرقاقه ، والصائل . حيث الدفع أولى من الاستسلام .

ومكروها : فى الأسير . حيث فى استرقاقه مصلحة .

وحراما : فى نساء أهل الحرب ، وصبيانهم . ومنه القتل العمد العدوان .

ومباحا فى القصاص .

وله قسم سابع ، وهو : ما لا يوصف بواحد من الستة ، وهو قتل الخطأ .

وقريب من ذلك : الطلاق ، فإنه يكون واجبا ، وهو طلاق الحكمين ، والمولى .

ومندوبا ، وهو طلاق من خاف أن لا يقيم حدود الله فى الزوجية . ومن رأى ريبة يخاف معها على الفراش .

وحراما ، وهو البدعى ، وطلاق من قسم لغيرها ، ولم يوفها حقها من القسم .

ومكروها ، وهو ماسوى ذلك . ففى الحديث « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » .

ولا يوجد فيه مباح مستوى الطرفين .

هكذا حكاه النووى عن الأصحاب فى شرح مسلم .

قال العلائى : ويمكن أن يوجد عند تعارض مقتضى الفراق وضده ، فى رأى الزوج .

فصل : قال الشاشى فى الحلية : ليس لنا سنة على الكفاية ، إلا ابتداء السلام .

فلو لقى جماعة واحدا أو جماعة ، فسلم واحد منهم ، كفى لأداء السنة .

واستدرك عليه أشياء .

منها : تشميت العاطس . صرح أصحابنا بأنه سنة على الكفاية ، كابتداء السلام .

ومنها : التسمية على الأكل ، فلو سمى واحد من الآكلين أجزأ عنهم ، نقله فى الروضة عن نص الشافعى .

ومنها : الأضحية . إذا ضحى بشاة واحد من أهل البيت تأدى الشعار بها ، والسنة عن جميعهم .

ومنها : مايفعل بالميت مما ندب إليه .

ومنها : الأذان والإقامة ، على الأصح .

قلت : الظاهر أنهما سنتا عين ، وإلا لعدت الجماعة على القول بأنها سنة ، والعيد ، والكسوف والاستسقاء .

ومما يصلح أن يعد منها : ماتقدم من العلم أنه مندوب . وتلقين الميت إذا أرتج عليه .

ولم أر من تعرض لذلك .

القول فى أحكام السفر

قال النووى : رخص السفر ثمانية .

القصر والجمع والفطر والمسح أكثر من يوم وليلة ، ويختص بالطويل ، والتنفل على الراحلة . وإسقاط الجمعة . وأكل الميت . وإسقاط الفرض بالتيمم ، ولا يختص به .

واستدرك عليه أخرى .

وهى : عدم القضاء ، لمن سافر بها معه .

وقد تقدم بأبسط من ذلك ، فى القاعدة الثالثة ، من الكتاب الأول . عند الكلام على التخفيفات .

ونزيد هنا : أن السفر اختص بأمور أخرى ، غير التخفيفات .

منها : عدم صحة الجمعة .

ومنها : تحريمه على المرأة ، إلا مع زوج ، أو محرم للحديث ، وسواء السفر الطويل والقصير . كما فى شرح المهذب ، والمباح ، والواجب . ومن ثم لم يجب عليها الحج ، ولا التغريب فى الزنا . إذا امتنع الزوج أو المحرم من الخروج .

نعم : أقيم مقامها فى الحج . النسوة الثقات . والتعبير بالثقات يخرج غيرهن ، وبالنسوة تخرج المرأة الواحدة ، فلا يجب الخروج للحج معها ، لكن يجوز أن تخرج معها لأداء حجة الإسلام على الصحيح فى شرح المهذب .

قال الإسنوى : فهما مسألتان .

إحداهما : شرط وجوب حجة الإسلام .

والثانية : جواز الخروج لأدائها .

وقد اشتبهتا على كثير ، حتى توهموا اختلاف كلام النووى فى ذلك .

وليس لها أن تخرج لحج التطوع ، وغيره من الأسفار التى لا تجب على المرأة الواحدة بل ولا مع النسوة الخلص عند الجمهور .

ونص عليه الشافعى ، كما قاله فى شرح المهذب ، وصححه فى أصل الروضة .

قال الإسنوى : ولا شك أن لها الهجرة من بلاد الكفر وحدها .

فعلى هذا تستثنى هذه المسألة من أصل القاعدة .

ومنها تحريمه على الولد إلا بإذن أبويه ، ويستثنى السفر لحج الفرض ، ولتعلم العلم والتجارة .

ومنها : تحريمه على المديون ، إلا بإذن غريمه ، بشرط أن يكون الدين حالا .

وقيل يمنع فى المؤجل من سفر مخوف .

ومنها : وجوب طواف الوداع على مريده من مكة .

قال فى شرح المهذب : وسواء الطويل ، والقصير .

ومنها : جواز إيداع المودع الوديعة عند غيره إذا أراد سفرا ، ولم يجد المالك .

ضابط : مسافة القصر فى حكم البعيد ، وما دونها فى حكم الحاضر ، إلا فى صور :

الأولى : نقل الزكاة .

الثانية : عدم وجوب الحج على من لا يطيق المشى .

الثالثة : إحضار المكفول .

الرابعة : إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلة ، فالأب أولى مطلقا .

فائدة : الأبنية : تعتبر فى صلاة الجمعة ، ورخص السفر الثمانية ، وعدم تحريم الاستقبال، والاستدبار لقاضى الحاجة ، وفى بيع القرية وفى حكم قاضى البلد .

ضابط : حيث أطلق فى الشرع البعيد ، فالمراد به مسافة القصر ، إلا فى رؤية الهلال .

فالبعد : فيه اختلاف المطالع ، على ماصححه النووى .

ضابط : تعتبر مسافة القصر فى غير الصلاة : فى الجمع ، والفطر والمسح ، ورؤية الهلال ، على ماصححه الرافعى ، وحاضرى المسجد الحرام ؛ ووجوب الحج ماشيا ، وتزويج الحاكم موليه الغائب .

ويختص ركوب البحر بأحكام

منها : تحريمه وإسقاطه الحج ، حيث كان الغالب الهلاك .

وفى فتاوى البارزية : أنه لا يجوز لغير الأب والجد ، إركاب الطفل البحر وإن غلبت السلامة، وأنه يجوز لهما لوفور شفقتهما .

القول فى أحكام الحرم

اختص حرم مكة بأحكام

الأول : لا يدخله أحد إلا بحج أو عمرة وجوبا أو استحبابا .

الثانى : لا تقاتل فيه البغاة على رأى .

الثالث : يحرم صيده .

الرابع : يحرم قطع شجره منهما ويشاركه فيهما حرم المدينة .

الخامس : يمنع كل كافر من دخوله ؛ مقيما كان أو مارا .

السادس : لا تحل لقطته للتملك .

السابع : يحرم إخراج أحجاره ، وترابه إلى غيره .

الثامن : يكره إدخال أحجار غيره ، وترابه إليه .

التاسع : يختص نحر الهدايا ، والفداء به .

العاشر : يجب قصده بالنذر ، ماسواه .

الحادى عشر : لو نذر الذبح فيه تعين ، بخلاف مالو نذره بغيره ، فيذبح حيث شاء .

الثانى عشر : لا يؤذن فيه لمشرك ، ولا يدفن فيه فإن دفن ، نبش وأخرج .

الثالث عشر : تغلظ الدية على قاتل الخطأ فيه .

الرابع عشر : لادم على أهله فى تمتع ولا قران .

الخامس عشر : لا يجوز إحرام المقيم به بحج خارجه .

السادس عشر : لا يكره فيه نافلة بوقت .

السابع عشر : يسن الغسل لدخوله ، ويشاركه فى ذلك حرم المدينة ، كما صرح به النووى فى مناسكه .

الثامن عشر : مضاعفة الصلاة فيه .

التاسع عشر : مضاعفة السيئات فيهما كما تضاعف الحسنات .

العشرون : الهم بالسيئة مؤاخذ به ، ولا يؤاخذ به فى غيره .

القول فى أحكام المساجد

هى كثيرة جدا ، وقد أفردها الزركشى بالتصنيف ، وأنا أسردها هنا ملخصة .

فمنها : تحريم المكث فيه على الجنب والحائض ، ودخوله على حائض ، وذى نجاسة يخاف منها التلويث .

ومن ثم حرم إدخاله الصبيان والمجانين حيث غلب تنجيسهم وإلا فيكره كما فى زوائد الروضة والشهادات .

وحرم أيضا دلك النعل به ، لأنه تنجيس ، أو تقذير ، ذكره فى شرح المهذب فى الصلاة .

وذكر فيه أيضا : أنه يحرم إدخاله النجاسة .

وفى فتاويه : يحرم قتل قملة ونحوها ، وإلقاؤها فيه .

وفى الروضة : يحرم البول فيه ، ولو فى إناء : بخلاف الفصد فيه فى إناء ، فيكره ولا يحرم .

وفى فتاوى القفال : يمنع من تعليم الصبيان فيه .

ومنها : يحرم أخذ شيء من أجزائه ، وحجره وحصاه وترابه وزيته وشمعه ؛ ذكره فى شرح المهذب .

ومنها : تحريم البصاق فيه ، كما جزم به فى شرح المهذب ، والتحقيق ، والقمولى فى الجواهر وفى المهمات : أن الموجود للأصحاب هو الكراهة ؛ قال كما فى شرح المهذب ومن بدره البصاق بصق فى طرف ثوبه من الجانب الأيسر .

قال : ويسن لمن رأى بصاقا فيه أن يزيله بدفنه فى تراب المسجد ؛ فإن لم يكن له تراب أخذه بيده ، أو بعود ونحوه ، وأخرجه من المسجد .

ومنها : كراهة دخوله لمن أكل ذا ريح كريهة ، والبيع والشراء فيه وسائر العقود وإن قل ، إلا لحاجة ، ونشدة الضالة ، إلا ما كان فى الزهد ومكارم الأخلاق وعمل الصنعة فيه ، كالخياطة ونحوها إن جعله مقعدا لها ، أو أكثر رفع الصوت فيه والخصومة والجلوس فيه للقضاء.

ومنها : يسن كنسه وتنظيفه وتطييبه وفرشه والمصابيح فيه ، وتقديم اليمنى عند دخوله واليسرى عند خروجه .

ومنها : أنه لا يمنع ستره بالحرير ، صرح به الغزالى وابن عبد السلام .

أحكام يوم الجمعة

اختص بأحكام

صلاة الجمعة والجماعة فيها . وكونها بأربعين ، والخطبة وقراءة السورة المخصوصة فيها ، وتحريم السفر قبلها ، والغسل لها والطيب ، ولبس أحسن الثياب ، وإزالة الظفر ، والشعر ، وتبخير المسجد ، والتبكير والاشتغال بالعبادة حتى يخرج الخطيب ، ولا يسن الإبراد بها ، وقراءة (الم تنزيل) و (هل أتى) فى صبحه ، والجمعة ، والمنافقون فى عشاء ليلته ، والكافرون والإخلاص فى مغرب ليلته ، وكراهة إفراده بالصوم ، وكراهة إفراد ليلته بالقيام ، وقراءة الكهف ، ونفى كراهة النافلة وقت الاستواء ، وهو خير أيام الأسبوع ، ويوم عيد ، وفيه ساعة الإجابة ، ويجتمع فيه الأرواح ، وتزار فيه القبور : ويأمن الميت فيه من عذاب القبر ، ولا تسجر فيه جهنم ، ويزور أهل الجنة فيه ربهم ، سبحانه وتعالى .

الكتاب الخامس

فى نظائر الأبواب

كتاب الطهارة

المياه أقسام طهور ، وهو : الماء المطلق .

وطاهر : وهو المستعمل ، والمتغير بما يضر .

ونجس : وهو المتغير بنجاسة ، أو اللاقى لها وهو قليل .

ومكروه : وهو المشمس .

وحرام : وهو مياه آبار الحجر ، إلا بئر الناقة .

والمطلق أنواع

مطلق اسما وحكما ، وهو الباقى على وصف خلقته .

وحكما لا اسما ، وهو المتغير بما لا يمكن صونه .

وعكسه ، وهو : المستعمل . إن قلنا : إنه مطلق : منع تعبدا .

ضابط : ليس لنا ماء طاهر لا يستعمل إلا المستعمل ، والمتغير كثيرا بمخالطة طاهر مستغنى عنه .

ولا ماء طهور لا يستعمل إلا البئر التى تمعطت بها فأرة ، وماؤها كثير ولم يتغير . فإنه طهور . ومع ذلك يتعذر استعماله . لأنه ما من دلو إلا ولا يخلو من شعرة .

ضابط : قال الجرجانى فى المعاياة ، والمرعشى وغيرهما : لا يعرف ماء طاهر فى إناء نجس إلا فى صورتين :

الأولى : جلد ميتة طرح فيه ماء كثير ، ولم يتغير .

والثانية . إناء فيه ماء قليل ولغ فيه كلب ، ثم كوثر حتى بلغ قلتين ، ولا تغير فالماء طاهر ، والإناء نجس ، لأنه لم يسبع ، ولم يعفر .

وهذه المسألة من مهمات المسائل التى أغفلها الشيخان ، فلم يتعرضا لها .

وفيها أربعة أوجه .

أصحها : هذا ؛ وهو قول ابن الحداد ، وصححه السنجي في شرح الفروع .
والثانى : يطهر الإناء أيضا ، كما فى نظيره من الخمر إذا تخللت ، فإن الإناء يتبعها فى الطهارة.
والثالث : إن مس الكلب الماء وحده طهر الإناء ، وإن مس الإناء أيضا فلا .
قال ابن السبكى : وهذا يشبه الوجه المفصل فى الضبة ، بين أن تلاقى فم الشارب أم لا .
والرابع : إن ترك الماء فيه ساعة طهر ؟ وإلا فلا .
قلت : وهذا يشبه مسألة الكوز ، وقد بسطتها فى شرح منظومتى المسماة بالخلاصة .
وعبارتى فيها :

وإن يلغ فى دونه فكوثرا يطهر قطعا ، والإنا لن يطهرا

فائدة : قال البلقينى : ليس فى الشرع اعتبار قلتين ، إلا فى باب الطهارة ، وفى باب الرضاع على طريقة ضعيفة إذا امتزج اللبن بالماء ، فإن امتزج بقلتين لم يحرم ، وإلا حرم .

فائدة : اختلف فى كراهة المشمس فى الأوانى . هل هى شرعية ، أو طبية ؟ على وجهين ، حررت المقصود منها فى حواشى الروضة .

ويتفرع عليها فروع

أحدها : إن قلنا طبية اشترط حرارة القطر ، وانطباع الإناء ، وإلا فلا .

الثانى : إن قلنا شرعية اشترط القصد ، وإلا فلا .

الثالث : إن قلنا شرعية كره للميت وإلا فلا .

الرابع : إن قلنا طبية كره سقى البهيمة منه ، وإلا فلا .

الخامس : إن قلنا شرعية لم يشترط فيه شدة الحرارة ، وإلا اشترط .

السادس : إن قلنا طبية ، وفقد غيره بقيت الكراهة ، وإلا فلا .

السابع : إن قلنا شرعية . علل عدمها فى الحياض والبرك بعسر الصون ، أو طبية علل بعدم خوف المحذور .

الثامن : إن قلنا طبية . تعدت الكراهة إلى غير الماء من المائعات ، وإلا فلا .

ضابط : ليس لنا ماءان يصح الوضوء بكل منهما منفردا ، ولا يصح الوضوء بهما مختلطين إلا المتغير بمخالط لا يستغنى الماء عنه . فإنه إذا صب على ما لا تغير فيه فغيره ضر لإمكان الاحتراز عنه.

نبه عليه ابن أبى الصيف اليمنى فى نكت التنبيه .

قال الإسنوى : وهى مسألة غريبة والذى ذكره فيها متجه .

قال : ولنا صورة أخرى ، لكنها فى الجواز لا فى الصحة .

وهى : ما إذا كان لرجلين ماءان ، وأباح له كل منهما أن يتوضأ بمائه ، فإن الماء لم يخرج عن ملكهما بذلك ، فإذا خلطهما فقد تعدى ، لأنه تصرف فيهما بغير الجهة المأذون فيها .

فائدة : إذا غمس كوز فيه ماء نجس فى ماء طاهر ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون واسع الرأس ، ويمكث زمنا يزول فيه التغيير . لو كان متغيرا ، فيطهر قطعا

الثانية : أن يكون ضيقا ، ولا يمكث فلا قطعا .

الثالثة : واسع الرأس ، ولا يمكث .

الرابعة : ضيقه ، ويمكث ، وفيهما وجهان ، الأصح لا يطهر .

فائدة : لنا ماء هو ألف قلة ، وهو نجس من غير تغير .

وصورته : الماء الجارى على النجاسة ، وكل جرية لا تبلغ قلتين .

فائدة : قال الإسنوى فى ألغازه شخص يجب عليه تحصيل بول ليتطهر به عن وضوئه ، وغسله ، وإزالة نجاسته .

وصورته : جماعة معهم قلتان ، فصاعدا من الماء ، وذلك لا يكفيهم لطهارتهم ولو كملوه ببول ، وقدروه مخالفا للماء فى أشد الصفات . لم يغيره ، فإنه يجب عليهم الخلط على الصحيح ، ويستعملون جميعه . كما بسطه الرافعى فى أول الشرح .

المسائل

التى لا يتنجس منها الماء القليل ، والمائع بالملاقاة عشر

الأولى : الميتة التى لا دم لها سائل بشرطها .

الثانية : ما لا يدركه الطرف ، وفيه تسع طرق .

أحدها : يعفى عنه فى الماء ، والثوب .

والثانى : لا ، فيهما .

والثالث : ينجس الماء دون الثوب ، لأن الثوب أخف حكما فى النجاسة

والرابع : عكسه ، لأن للماء قوة فى دفع النجاسة .

والخامس : تنجس الماء ، وفى الثوب قولان .

والسادس : عكسه .

والسابع : لا ينجس الماء ، وفى الثوب قولان .

والثامن : عكسه .

والتاسع : وهو أصح الطرق فيهما قولان . أظهرهما عند النووى العفو .

وهذه المسألة نظير مسألة ولاية الفاسق النكاح فى كثرة طرقها ، وقد تقدمت .

الثالثة: الهرة إذا أكلت نجاسة ، ثم غابت بحيث يحتمل طهارة فمها . فإنه باق على نجاسته .

ولو ولغت فى ماء قليل ، أومائع لم ينجس .

وألحق المتولى بها السبع إذا أكل جيفة .

وخالفه الغزالى لانتفاء المشقة بعدم الاختلاط .

الرابعة : أفواه الصبيان ، كالهرة . قاله ابن الصلاح فى فتاويه .

الخامسة : اليسير من دخان النجاسة . صرح به الرافعى فى صلاة الخوف .

السادسة : اليسير من الشعر النجس . صرح به فى زوائد الروضة .

قال فى الخادم : وينبغى أن يلحق به الريش .

قال : إلا أن أجزاء الريشة الواحدة لكل جزء منها حكم الشعرة الواحدة .

السابعة : الحيوان الذى على منقاره نجاسة غير الآدمى إذا وقع فى الماء ، أوالمائع لاينجسه على الأصح ، لمشقة الاحتراز . صرح به الشيخان ، وسواء فيه الطائر ، وغيره .

الثامنة : غبار السرجين . صرح به الرافعى ، وأسقطه من الروضة .

التاسعة : ذرق ما نشوؤه فى الماء ، والمائع ، وبوله .

قال الأذرعى فى القوت لاشك فى العفو عنه ، ولم أره منصوصا .

قلت : قال القاضى حسين لو جعل سمكا فى حب(١) ماء ، فمعلوم أنه يبول فيه ، ويروث فيعفى عنه للضرورة ، وكذا فى تعليق البندنيجى ، ونقله القمولى فى الجواهر عن أبى حامد .

---

(١) الحب بضم الحاء المهملة الخابية .

العاشرة : غسالة النجاسة بشروطها ، فإنها ماء قليل لاقى نجاسة ، ومع ذلك لاينجس .
وقد صرح باستثنائها في العجائب . والمهمات ، وابن الملقن في نكت التنبيه .
وقد جمعت هذه الصور في الخلاصة ، فقلت ؟ بعد قولي في آخر بيت .
وما دونها :

نجاسة تنجس ، إلا في صور	ماقل عرفا من دخان أو شعر
ومن غبار ، وقليل مابصر	يدركه ، ومنفذ . لامن بشر
والفم في الصبيان ، أو في الهره	غابت بحيث قد ظننا طهره
والميت مامنه دم لم يطرح	ولم يكن تغير في الأرجح
أما الذي يطرح في حياته	والنشو منه فاعف ، لاممانه
وذرق ناش ، والغسالات ، كما	حرر ، والمائع ، والثوب كما

باب السواك

المواضع التي يتأكد فيها السواك سبعة ، نظمتها في بيتين وهما .

يسن استياك كل وقت ، وقد أتت	مواضع بالتأكيد خص المبشر
وضوء . صلاة . والقران . دخوله	لبيت . ونوم . وانتباه . تغير

باب أسباب الحدث

ضابط : قال ابن القاص في التلخيص لايبطل شيء من العبادات بعد انقضاء عمله إلا الطهارة إذا انقضت ، ثم أحدث تبطل .

ضابط : قال ابن القاص أيضا لاتبطل الطهارة طهارة ، إلا في المستحاضة والسلس .
وعبر الإسنوي في ألغازه ، عن ذلك بقوله لنا طهارة لاتبطل بوجود الحدث ؟ وتبطل بعدمه وهي طهارة دائم الحدث .

فائدة : قال الإسنوي : رجل ليس في صلاة يحرم عليه أن يأتي بنوع من الذكر والقرآن ، لكونه محدثا حدثا أصغر .
وصورته : في خطبة الجمعة ، بناء على اشتراط الطهارة فيها .
قال : وقل من صرح بذلك ، وقد تفطن لها الجرجاني ، فعدها في البلغة من المحرمات .

فائدة : قال المحب الطبرى والإسنوى إذا مست المرأة ختانها لاينتقض وضوؤها لأن الناقض من فرجها ملتقى الشفرين خاصة .

باب الاستنجاء

قال الإسنوى : لنا صورة لايشترط فيها طهارة الحجر المستنجى به ، وذلك عند إرادة الجمع بين الماء والحجر ، صرح به الجيلى فى الإعجاز ، نقلا عن الغزالى فى بعض كتبه ، فتفطن لذلك وقيد به ما أطلقه الرافعى وغيره .

قلت : لكن البلقينى ضعفه فى فتاويه ، وقال إنه غير معتد به .

قال : إلا أنه يكفى مرة ، ولا يحتاج إلى الثلاث .

باب الوضوء

ضابط : لا يسقط الترتيب إلا فى صورتين .

إحداهما : إذا انغمس فى الماء بنية رفع الحدث ولم يمكث ، كما صححه النووى .

الثانية : جنب غسل بدنه إلا رجليه ، أو عضوا من أعضاء وضوئه ، ثم أحدث ، لم يؤثر الحدث فيما بقى بغير غسل ، فيغسله عن الجنابة مقدما ومؤخرا ومتوسطا .

ويقال : وضوء خال عن غسل الرجلين .

وهذه صورته .

قال ابن السبكى : ونظير ذلك أن يقال، لنا وضوء مشتمل على غسل الرجلين، ومع ذلك لا يحسب وصورته فى لابس الخف : إذا مسح ثم غسل رجليه وهما فى الخف ، فإن البغوى ذكر فى فتاويه أنه لايصح غسلهما عن الوضوء ، حتى لو انقضت المدة أو نزع ، لزمه إعادة غسلهما لأنه لم يغسل الرجلين غسل اعتقاد الفرض ، فإن الفرض سقط بالمسح .

قال : ويحتمل خلافه ، لأن تارك الرخصة إذا أتى بالأصل لايقال إنه لم يؤد الفرض .

ورده ابن السبكى : بأن الغسل لم يقع إلا وقد ارتفع حدثهما .

المواضع
التى يستحب فيها الوضوء

وقعت فى الخلاصة فى ثمانية أبيات وهى :

ويندب الوضوء للقراءة والعلم شرعيا ، وللرواية

ولدخول مسجد. وإن غضب ... وغيبة، وكل زور ، ككذب
والسعي، والوقوف، والزياره ... والنوم، والتأذين ، والإمامه
وجنب ، للشرب والطعام ... والعود للجماع والمنـــام
مع غسل فرج، لا لذات الدم ما ... لم ينقطع ، وكره تركه انتمى
وعاين ، مع غسله للباطن ... وصبه على العين الواهن
وقص شارب ، ونقل الخطبة ... وشكه وحمله للميت
وكل ما قيل ينقضه الوضو ... ومن يرد عيادة معترض

شروط الوضوء

قلت فيها نظما .

وللناس في شرط الوضوء تخالف ... وحرره نظمي . نخذه بلا عسر
فأولها : الماء الطهور وعلمه ... أو الظن ، والتمييز، والفقد للكفر
وإعدام ما نافى وفقد لمانع ... كشمع ودهن وارتداد لذي خسر
وطهر محل الغسل ، فافهمه واتئد ... وحرر محل الخلف في أيها يجري
وتمييزه فرضا من النفل، وليكن ... كما حرروه في الصلاة ، أولو الخبر
وفي امرأة : إنقاء حيض، وشبهة ... وأن تدخل الأوقات في حق ذي الضر
وتقديم الاستنجا ، وحشو لمنفذ ... وتقديم تطهير عن الخبث المزري
وإيلاؤه بين الوضوء ، وحشوه ... وإيلاؤه فيه والايلاء بالذكر

واعلم أن جميع شروط الوضوء شروط للغسل .

وقد أوضحت ذلك في كتابي الخلاصة ، فقلت .

شرط الوضو كالغسل مطلق، وظن ... والعقل والإسلام لكن حيث عن
أثناءه الردة ألغ ما بقي ... وفقد مانع كفي التشقق

ضابط : قال الماوردي ليس في أعضاء الطهارة عضوان ، لا يستحب تقديم الأيمن منهما إلا الأذنين، فإنه يستحب مسحهما دفعة.

قال ابن الرفعة وزاد عليه بعضهم الخدين .

باب مسح الخف

لا يجب إلا فى صورة واحدة .

وهى : أن يكون لابسا بشرطه ، ودخل وقت الصلاة ومعه ما يكفيه لو مسح ، ولا يكفيه لو غسل فالظاهر — كما ذكره ابن الرفعة فى الكفاية — وجوب المسح ، لقدرته على الطهارة الكاملة.

قال الإسنوى : وما ذكره تفقها ولم يظفر فيه بنقل .

وقد نقل الرويانى فى البحر : الاتفاق عليه .

ولو أرهق المتوضئ فى الحدث ، ومعه ما يكفيه إن مسح ، لا إن غسل ، لم يجب لبس الخف ليمسح عليه ، كما صححه الشيخان ، والفرق واضح ، فإن فى الأول تفويت ما هو حاصل بخلاف الثانى.

فائدة : قال البلقينى : نظير مسح الخف المغصوب ، غسل الرجل المغصوبة .

وصورته : أن يجب قطعها ، فلا يمكن من ذلك .

باب الغسل

قال النووى وغيره : لا يعرف جنب يحرم عليه الصلاة والطواف ونحوهما دون القراءة واللبس إلا من تيمم عن الجنابة ثم أحدث .

باب التيمم

قال ابن القاص : كل شئ يبطل الطهارة ، ففى الصلاة وغيرها سواء ، إلا رؤية الماء فى الصلاة للمتيمم .

وزاد فى القديم ، النوم فى الصلاة .

ضابط : لا يجمع بين الفرضين بتيمم إلا الجنازة والوطء ، فإنهما يجوزان مع فرض آخر ويجوز مرات من كل بتيمم .

فائدة : قال الإسنوى شخص لا يصح تيممه إلا بعد تيمم غيره وهو المصلى على الجنازة لا يصح تيممه حتى ييمم الميت أو يغسل .

فائدة : مسافر سفرا مباحا ، صلى صلوات : بعضها بالوضوء تارة ، وبعضها بالتيمم يلزمه قضاء ما صلاه بالوضوء ، دون التيمم .

وصورته : أن يكون أجنب ، ونسى ، وكان يصلى بالوضوء تارة ، وبالتيمم تارة أخرى ، فإنه يجب قضاء ما صلاه بالوضوء دون التيمم لأن التيمم يقوم مقام الغسل .

ضابط : قال فى الروضة ، نقلا عن الجرجانى : كل من صح إحرامه بالفرض : صح إحرامه بالنفل إلا ثلاث : فاقد الطهورين ، وفاقد السترة ، ومن عليه نجاسة . عجز عن إزالتها.

ويزاد رابع ، على وجه ضعيف ، وهى : التحيرة .

ضابط : قال فى المعاياة : ليس لنا وضوء يبيح النفل دون الفرض ، إلا فى صورة واحدة. وذلك الجنب إذا تيمم ، وأحدث حدثا أصغر ووجد ماء يكفيه للوضوء فقط . فتوضأ ، فإنه يباح له النفل دون الفرض .

باب النجاسات

الحيوان طاهر ، إلا الكلب ، والخنزير ، وفروعهما .

والميتات نجسة ، إلا السمك والجراد بالإجماع والآدمى على الأصح ، والجنين الذى وجد فى بطون المذكاة ، والصيد الذى لم تدرك ذكاته ، والمقتول بالضغطة ، والبعير الناد .

ولا حاجة إلى استثنائها فى الحقيقة . لأنها مذكاة شرعا .

واستثنى على رأى : مالا دم له سائل .

ضابط : الدم نجس ، إلا الكبد ، والطحال ، والمسك والعلقة فى الأصح ، والدم المحبوس. فى ميتة السمك ، والجراد ، والجنين ، والميت بالضغطة والسهم ، والمنى ، واللبن إذا خرجا على لون الدم ، والدم الباقى على اللحم والعروق : لأنه ليس بمسفوح ، ودم السمك على وجه ، والمتحلب من الكبد ، والطحال على وجه ، والبيضة إذا صارت دما على وجه .

ضابط : قال ابن سريج فى كتابه تذكرة العالم .

جميع ما خرج من القبل والدبر نجس ، إلا الولد ، والمنى .

قلت : ويضم إليه المشيمة على الأصح .

قاعدة : قال القمولى فى الجواهر : النجس إذا لاقى شيئا طاهرا ، وهما جافان : لاينجسه.

قال : ويستثنى صورة ، وهى : ما إذا لصق الخبز على دخان النجاسة فى التنور ، فإن ظاهر أسفله ينجس ، فيغسل بالماء .

قال : وذكر القاضى : أن دخان النجاسة لو أصاب ثوبا رطبا . نجسه ، أويابسا فوجهان ،

ضابط : قال الجرجاني في الشافي : ليس في النجاسات مايزال بنجس غير صورتين .

إحداهما : الدباغ يجوز بالنجس .

الثاني : قلة من الماء نجسة مفردة ، وقلة أخرى نجسة ، فجمعا ولا تغير : طهرتا . فقد توصلنا إلى إزالة النجاسة بالنجاسة .

تقسيم

النجاسات أقسام

أحدها : ما يعفى عن قليله وكثيره ، في الثوب ، والبدن ، وهو : دم البراغيث ، والقمل . والبعوض . والبثرات . والقيح والصديد . والدماميل . والقروح . وموضع الفصد ، والحجامة، ولذلك شرطان .

أحدهما : أن لا يكون بفعله . فلو قتل برغوثا فتلوث به ، وكثر : لم يعف عنه .

والآخر : أن لا يتفاحش بالإهمال ، فإن للناس عادة في غسل الثياب.

فلو تركه سنة مثلا ، وهو متراكم . لم يعف عنه ، قاله الإمام .

وعلى ذلك حمل الشيخ جلال الدين المحلي قول المنهاج « إن لم يكن بجرحه دم كثير » .

الثاني : ما يعفى عن قليله . دون كثيره ، وهو : دم الأجنبي ، وطين الشارع المتيقن نجاسته.

الثالث : ما يعفى عن أثره . دون عينه ، وهو : أثر الاستنجاء ، وبقاء ريح ، أو لون عسر زواله .

الرابع : ما لا يعفى عن عينه ، ولا أثره ، وهو ما عدا ذلك .

تقسيم ثان

ما يعفى عنه من النجاسة أقسام

أحدها : ما يعفى عنه في الماء ، والثوب ، وهو ما لا يدركه الطرف ، وغبار النجس الجاف ، وقليل الدخان . والشعر . وفم الهرة . والصبيان .

ومثل الماء : المائع ، ومثل الثوب البدن.

والثاني : ما يعفى عنه في الماء ، والمائع . دون الثوب والبدن ، وهو الميتة التي لا دم لها سائل . ومنفذ الطير . وروث السمك في الحب . والدود الناشئ في المائع .

الثالث : عكسه ، وهو : الدم اليسير . وطين الشارع . ودود القز إذا مات فيه : لا يجب

غسله . صرح به الحوى . وصرح القاضي حسين بخلافه .

والرابع : ما يعفى عنه في المكان فقط ، وهو ذرق الطيور في المساجد ، والمطاف . كما أوضحته في الينبوع . ويلحق به مافي جوف السمك الصغار ، على القول بالعفو عنه ، لعسر تتبعها وهو الراجح .

الصور التي استثنى

فيها الكلب، والخنزير من العفو

الأولى : الدم اليسير من كل حيوان . يعفى عنه ، إلا منهما . ذكره في البيان .

قال في شرح المهذب : ولم أر لغيره تصريحا بموافقته ، ولا بمخالفته .

قال الإسنوى : وقد وافقه الشيخ نصر المقدسي في المقصود .

الثانية : يعفى عن الشعر اليسير ، إلا منهما . ذكره في الاستقصاء .

الثالثة : يعفى عن النجاسة التي لايدركها الطرف ، إلا منهما . ذكره في الخادم بحثا .

الرابعة : الدباغ يطهر كل جلد ، إلا جلدها . بلا خلاف عندنا .

الخامسة : يعفى عن لون النجاسة أو ريحها ، إذا عسر زواله ، إلا منهما . ذكره في الخادم بحثا .

السادسة : قال في الخادم ينبغي استثناء نجاسة دخان نجاسة الكلب والخنزير ، لغلظهما ، فلايعفى عن قليلها .

فائدة : نظير التفرقة بين الصبي الذي لم يأكل غير اللبن ، والذي أكل غيره في البول . التفرقة بين السخلة التي لا تأكل غير اللبن والتي أكلت غيره في الأنفحة .

باب الحيض

يتعلق به عشرون حكما : اثنا عشر حرام . تسعة عليها .

الصلاة . وسجود التلاوة . والشكر . والطواف . والصوم . والاعتكاف . ودخول المسجد ، إن خافت تلويثه ، وقراءة القرآن ، ومسه ، وكتابته على وجه .

وزاد في المهذب : الطهارة .

وزاد المحاملي : حضور المحتضر .

وثلاثة على الزوج .

الوطء ، والطلاق ، ومابين السرة والركبة على الأصح .

وثمانية غير حرام

البلوغ ، والاغتسال ، والعدة ، والاستبراء ، وبراءة الرحم ، وقبول قولها فيه ، وسقوط الصلاة ، وطواف الوداع .

ضابط : حيث أبيحت الصلاة أبيح الوطء ، إلا في المتحيرة ، والتي انقطع دمها ، ولم تجد ماء ولا ترابا ، تصلي ، ولا توطأ .

ضابط : حيث أطلق الشهر في الشرع . فالمراد به الهلالي ، إلا في المبتدأة غير المميزة، وفي المتحيرة ، وفي الأشهر الستة المعتبرة في أقل مدة الحمل ، فإنها عددية قطعا ، قاله البلقيني .

باب الصلاة

قال الصدر موهوب الجزري : لا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة في تأخيرها عن الوقت إلا نائم ، وناس . ومن نوى الجمع بسفر ، أو مرض ، ومكره على تأخيرها ، ومشتغل بإنقاذ غريق ، أو دفع صائل ، أو صلاة على ميت خيف انفجاره . ومن خشي فوت عرفة على رأي ، وفاقد الماء . وهو على بئر لا تنتهي إليه النوبة حتى يخرج الوقت وعار في عراة لا تصل إليه السترة ، حتى يخرج . ومقيم عجز عن الماء ، حتى خرج الوقت .

باب تارك الصلاة

قال الصيمري : ليس لنا عبادة يقتل أحد بتركها، إذا صح معتقده، إلا الصلاة؛ لشبهها بالإيمان.

باب الأذان

الصلاة أقسام

قسم يؤذن لها ويقام ، وهي الصلوات الخمس ، والجمعة .

وقسم لا يؤذن لها ولا يقام ، وهي المنذورة والنوافل ، والجنازة .

وقسم يقام لها ولا يؤذن ، وهي الفوائت المجتمعة غير الأولى ، والأولى على قول وجمع التأخير إذا قدم الأولى على قول ،

وقسم لا يؤذن لها ولا يقام، ولكن ينادى لها الصلاة جامعة، كالكسوفين، والاستسقاء، والعيدين.

ضابط : قال الإمام : لا يتوالى أذانان ، إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا أذن للفائتة قبل الزوال ، فلما فرغ زالت ، فإنه يؤذن للظهر .

واستدرك النووي أخرى ، وهي ما إذا أخر أذان الوقت إلى آخره ، ثم أذن وصلى فلما فرغ دخل وقت أخرى .

ضابط : لا يسن الأذان في غير الصلوات ، إلا في أذان المولود ، وعند تغول الغيلان ، كما في الحديث ، ولا تسن الإقامة لغير الصلاة ، إلا في أذن المولود اليسرى .

باب استقبال القبلة

هو شرط في صحة الصلاة ، إلا في شدة الخوف ، ونفل السفر ، وغريق على لوح لا يمكنه ، ومربوط لغير القبلة ، وعاجز لم يجد موجها ، وخائف من نزوله عن راحلته على نفسه ، أو ماله ، أو انقطاع رفقته .

واستثنى في المعاياة ، من نفل السفر ما يندر ولا يتكرر كالعيدين ، والكسوف ، والاستسقاء ، لأنها نادرة ، فلا تدعو الحاجة إلى ترك القبلة فيها .

وهو استثناء حسن ، إلا أن الأصح خلافه .

ضابط : لا يتعين استقبال غير القبلة إلا في مسألة على وجه ، وهى ما إذا ركب الحمار معكوسا ، فصلى النفل إلى القبلة ، فإن القاضي حسين قال في الفتاوى يحتمل وجهين الجواز ، لكونه مستقبلا . والمنع ، لأن قبلته وجه دابته ، والعادة لم تجر بركوب الحمار معكوسا .

باب صفة الصلاة

ضابط

الأصابع في الصلاة لها ست حالات

إحداها : حالة الرفع في الإحرام ، والركوع ، والاعتدال ، والقيام من التشهد الأول فيستحب التفريق فيها .

الثانية : حالة القيام والاعتدال ، فلا تفريق .

الثالثة : حالة الركوع ، يستحب تفريقها على الركبتين .

الرابعة : حالة السجود ، يستحب ضمها وتوجيهها للقبلة .

الخامسة : حالة الجلوس بين السجدتين ، فالأصح كالسجود .

السادسة : التشهد ، فاليمنى مضمومة إلا المسبحة ، واليسرى مبسوطة ، والأصح فيها الضم .

ضابط : يسن النظر في كل الصلاة إلى موضع سجوده ، إلا حالة الإشارة بالمسبحة ، فإليها .

ضابط : لا يجهر المأموم فى شىء من الصلوات إلا بالتأمين . ولا يستحب مقارنته للإمام فى شىء إلا فيه .

فائدة : الصلوات التى يستحب فيها قراءة سورة الكافرون والإخلاص إحدى عشرة سنة الفجر ، وسنة المغرب ، وسنة الطواف ؛ وأحاديثها عند مسلم ، وصرح بها الأصحاب .
وصبح المسافر ، لحديث ، رواه الطبرانى . وصرح به الجوينى والغزالى . ومغرب ليلة الجمعة لحديث رواه البيهقى . وسنة الضحى ، لحديث رواه العقيلى . وسنة الإحرام ، ذكرها النووى فى مناسكه . وسنة الاستخارة . ذكرها فى الأذكار . وسنة السفر ، ذكرها فى الأذكار . والوتر ، لحديث رواه أبو داود والترمذى . وسنة الزوال ، ذكرها أبو حامد فى الرونق .

باب سجود السهو

قاعدة : ما أبطل عمده الصلاة اقتضى سهوه السجود ، وما لا فلا .

ويستثنى من الأول : من انحرفت دابته عن مقصده فى نفل السفر وعاد عن قرب ، فإن عمده يبطل ، والأصح فى شرح المهذب ، والتحقيق أنه لا يسجد لسهوه .
ومن الثانى : تكرير الركن القولى ، ونقله ، والقنوت قبل الركوع ، والعمل القليل والقنوت فى وتر غير نصف رمضان الأخير ، إذا لم يندب فيه ؛ وتفريقهم فى الخوف أربع فرق ، فإنه لا يبطل عمده ، ويسجد للسهو فى الكل .

فائدة : يستثنى من السجود للقنوت : ما إذا اقتدى بحنفى لا يراه ، فتركه تبعا لإمامه ، فإنه لا يسن له السجود .
قاله القفال فى فتاويه ، وجزم به الإسنوى .

قاعدة : لا يتكرر سجود السهو ، إلا فى مسائل :
المسبوق : يسجد مع إمامه فى آخر صلاته .
ومثله : المستخلف المسبوق إذا سها ، يسجد موضع سجود إمامه ، ثم آخر صلاته .
ومن سجد لظن سهو ، فبان عدمه ؛ يسجد فى الأصح .
ولو سجدوا فى الجمعة ، وخرج الوقت ، أتموا ظهرا وسجدوا .
ومثله المسافر : إذا سجد ، ثم عرض موجب إتمام قبل السلام ، ومن سجد للسهو ، ثم سها ثانيا على وجه

وأكثر ما يمكن تكرره : ست سجدات ، على الأصح ، بأن يسجد المسبوق مع إمامه فى آخر الجمعة ، أو المسافر ، ثم يسجد معه إذا أتم ، ثم يسجد فى آخر صلاة نفسه .

وذكر الإسنوى : أنه يتصور عشر سجدات ، بأن تقتدى فى الرباعية بثلاثة أئمة كل فى الأخيرة ، وسها كل إمام منهم ، وسجد معه ، فهذه ست ، ثم قام وسها فإنه يسجد ، فهذه ثمان ، فإن كان اقتدى برابع فى أول صلاته أدركه فى التشهد الأخير ، وسجد معه كملت له عشر سجدات .

باب صلاة النفل

ضابط

التحية مندوبة إلا فى مواضع

الخطيب إذا خرج للخطبة .

الثانى : إذا دخل الإمام فى المكتوبة .

الثالث : إذا دخل والإمام داخل الخطبة ، أو قرب إقامة الصلاة ، بحيث يفوته أولها .

الرابع : إذا دخل المسجد الحرام .

ضابط: ليس لنا نفل يجب الإحرام به قائما ، إلا تحية المسجد ، فإنه متى جلس عامدا فاتت قاله القمولى فى الجواهر .

فائدة : قال الإسنوى : شخص يسن له الاغتسال لصلاة الضحى فى مكان خاص .

وصورته : ماذكره المحاملى فى اللباب ، حيث قال : ومن دخل مكة ، وأراد أن يصلى الضحى أول يوم اغتسل ، وصلاها ، كما فعله ﷺ يوم فتح مكة .

باب صلاة الجماعة

قاعدة : قال فى الخادم : كل مكروه فى الجماعة يسقط فضيلتها اه .

وفى ذلك صور منقولة

الأولى : إذا قارن الإمام فى الأفعال ، وهى فى الشرح ، والروضة .

الثانية : إذا تقدم عليه من باب أولى .

الثالثة : إذا فارقه . ذكره الشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، وجزم به الشيخ جلال الدين المحلى .

الرابعة : إذا نوى القدوة فى أثناء صلاته . ذكره الشيخ جلال الدين ، أخذا من كراهة ذلك .

الخامسة ، إذا وقف منفردا خلف الصف . ذكره الزركشى فى الخادم . وابن العماد والشيخ جلال الدين ، أخذا من الكراهة أيضا .

قلت : ورواه البيهقى عن بعض السلف .

السادسة : صلاة القضاء خلف الأداء وعكسه . صرح بها فى الخادم ، أخذا من كونه خلاف الأولى .

السابعة : صلاة النوافل المطلقة فى الجماعة ، فإنها لا تستحب فيها ، كما فى الروضة .

قال الإسنوى ، فى الألغاز : وإذا لم تكن مستحبة ، فلا ثواب فيها ، فإنه لو كان فيها لزم استحبابه ، حيازة لذلك الثواب .

ومما ليس بمنقول

الشروع فى صف قبل إتمام ما أمامه

وقد أجبت فيه بعدم حصول الفضيلة أيضا ، أخذا من الكراهة .

وقد ألفت فى ذلك كراسة ، بينت فيها الأمور التى استندت إليها فى ذلك ، فلتراجع .

الأعذار المرخصة

فى ترك الجماعة نحو أربعين

المطر مطلقا ، والثلج إن بل الثوب ، والريح العاصف بالليل ، وإن لم يظلم ، والوحل الشديد ، والزلزلة ، والسموم ، وشدة الحر فى الظهر ، وشدة البرد ليلا ، أو نهارا ، وشدة الظلمة ، ذكرها المحب الطبرى .

هذه عامة ، و الباقية خاصة

المرض ، والخوف على نفس ، أو مال

ومنه أن يكون خبزه فى التنور ، أو قدره على النار ، ولا متعهد .

والخوف من ملازمة غريمه ، وهو معسر ، والخوف من عقوبة تقبل العفو يرجو تركها إن غاب أياما .

ومدافعة الريح ، أو أحد الأخبثين ، والجوع ، والعطش الظاهران .

وحضور طعام يتوق إليه ، والتوق إلى شىء ، ولم يحضر ، قاله فى الكفاية .

وفقد لباس يليق به ، والتأهب لسفر مع رفقة ترحل .

وأ كل ذى ريح كريه ، ولم تمكن إزالته بعلاج ، والبخر ، والصنان . ذكرها الإسنوى. وزاد الأذرعى : صاحب الصنعة القذرة، كالسماك ، والبرص والجذام .

وصرح الإسنوى بأن الأخيرين ليسا بعذر .

والتمريض ، وحضور قريب محتضر ، أو مريض يأنس به ، ونشد الضالة ، ووجود من غصب ماله وأراد رده ، وغلبة النوم ، والسمن المفرط . نقله فى المهمات عن ابن حبان وكونه متهما .

قاله فى الذخائر ، أو فى طريقه من يؤذيه بلا حق ، ولو بشتم ، ولم يمكن دفعه . نقله الأذرعى.

باب الإمامة

ضابط

الناس فى الإمامة أقسام

الأول : من لا تجوز إمامته بحال ، وهم : الكافر ؟ والمجنون ، والمأموم ، والمشكوك فى أنه إمام .

الثانى: من يجوز مع الجهل دون العلم ، وهم : الجنب والمحدث، ومن عليه نجاسة لا يعفى عنها .

الثالث : من يجوز بقوم دون قوم ، وهم : الأمى، والألثغ ، والأرت لمثله ، والمرأة والخنثى للنساء.

الرابع : من يصح لصلاة ، دون صلاة ، وهم : المسافر ، والعبد . والصبى . لا تصح إمامتهم فى صلاة الجمعة . إن تم العدد بهم ، وتصح فى غيرها .

الخامس : من تكره إمامته ، وهم ولد الزنا والفاسق والمبتدع واللاحن والتمتام والفأفاء وغير الحر .

السادس : من تختار إمامته وهو : من سلم من ذلك .

ضابط : لا يعتبر لمأموم تقدم إحرام مأموم إلا فى صورتين .

إحداهما : أن يكون بينه وبين الإمام مأموم ، لولاه لم يحصل اتصال ، ذكره القاضى حسين وأقره الشيخان .

الثانية فى الجمعة : من لا تنعقد به لا ينعقد إحرامه بها حتى يحرم أربعون كاملون ذكره القاضى حسين أيضا واستشكله البلقينى .

فائدة : قال الإسنوى فى الألغاز : شخص يجوز أن يكون إماما ولا يجوز أن يكون مأموما ، وهو الأعمى الأصم ، يجوز أن يكون إماما ، لأنه مستقل بأفعال نفسه ، لا مأموما لأنه لا طريق له إلى العلم بانتقالات الإمام إلا أن يكون إلى جنبه ثقة يعرفه بالانتقالات ؛ ذكره الجوينى فى الفروق ، ونقله عن نص الشافعى .

باب صلاة المسافر

ضابط : لا يقصر فى سفر قصير إلا فى موضع على الأصح ، وموضعين على رأى .

الأول : خرج قاصدا سفرا طويلا ثم نوى الإقامة فى وسط الطريق أربعة أيام فأكثر .

والباقى : مرحلة مثلا : فالأصح أنه يترخص مالم يدخل البلد .

والثانى : أن يكون سفر مرحلة وقصد الذهاب والرجوع بلا إقامة ، ففى وجه يقصر .

الثالث : أجاز الشافعى فى قول : القصر فى السفر القصير مع الخوف .

ضابط : قال فى التلخيص : لا يجوز لأحد أن يصلى أربع ركعات فى كل ركعة سجدة إلا فى مسألة واحدة .

وهى : مسافر صلى الظهر بنية القصر ، فسها وصلى أربعا فى كل ركعة سجدة أجزأته وعليه سجدتا السهو .

وكذلك صلاة الجمعة مثلها .

ضابط : قال فى التلخص : كل من أحرم خلف مقيم ، لزمه الإتمام إلا فى مسألة واحدة .

وهى : ما إذا بان الإمام محدثا أو جنبا .

باب صلاة الجمعة

ضابط : كل عذر أسقط الجماعة أسقط الجمعة إلا الريح العاصف ، فإن شرطها : الليل والجمعة لا تقام ليلا .

ضابط

الناس فى الجمعة أقسام

الأول : من تلزمه وتنعقد به وهو كل ذكر صحيح ، مقيم متوطن مسلم بالغ ، عاقل حر ، لا عذر له .

الثانى : من لا تلزمه ، ولا تنعقد به ، ولكن تصح منه ، وهم العبد والمرأة والخنثى والصبى والمسافر .

الثالث : من تلزمه ولا تنعقد به وذلك اثنان من داره خارج البلد وسمع النداء ومن زادت إقامته على أربعة أيام وهو على نية السفر .

الرابع : من لاتلزمه وتنعقد به ، وهو المعذور بالأعذار السابقة .

ضابط : قال فى المعاياة : من لاتجب عليه الجمعة لاتنعقد به إلا المريض ، ومن فى طريقه مطر أو وحل ومن تجب عليه تنعقد به إلا اثنين وذكر السابقين .

ضابط : قال الإسنوى فى ألغازه : ليس لنا صلاة تدخل الكفارة فى تركها استحبابا إلا الجمعة فإنه يستحب لمن تركها بغير عذر أن يتصدق بدينار ، أو نصف دينار ، لحديث بذلك قاله الماوردى .

ضابط : قال فى شرح المهذب : قال القاضى أبو الطيب ، لايتصور انعقاد الجمعة عند الشافعى فى غير بناء إلا فى مسألة واحدة وهى :

ما إذا انهدمت أبنية القرية ، فأقام أهلها على عمارتها فإنهم يلزمهم الجمعة فيها ، لأنها محل استيطانهم سواء كانوا فى سقائف ومظال أم لا .

باب صلاة العيد

ضابط : ليس لنا موضع لاتسن فيه صلاة العيد إلا الحاج بمنى .

باب صلاة الاستسقاء

قال ابن القطان : ليس فى باب الاستسقاء مسألة فيها قولان غير مسألة واحدة وهى .

ما إذا لم يسقوا فى المرة الأولى وأرادوا الاستسقاء ثانيا ، فهل يخرجون من الغد ؟ أم يتأهبون بصيام ثلاثة أيام وغيره مرة أخرى ؟ فيه قولان للشافعى .

قال فى شرح المهذب : ويضم إليه مسألة تنكيس الرداء ، فإن فيها أيضا قولين .

باب صلاة الجنازة

ضابط

قال فى اللباب ، الموتى أقسام

الأول : من لايغسل ولا يصلى عليه ، وهو الشهيد فى المعركة .

الثانى : من يغسل ولا يصلى عليه ، كالكافر والسقط إذا لم يستهل ولم يتحرك .

الثالث : من يصلى عليه ولا يغسل ؛ وهو من تعذر غسله للخوف من تفتته فييمم .

وكذا : من مات وليس هناك إلا أجنبية أو عكسه .

الرابع : من يغسل ويصلى عليه ، وهو من عدا هؤلاء .

باب الزكاة

قاعدة : قال الأصحاب . الزكاة إما أن تتعلق بالبدن أو بالمال .

فالأول : زكاة الفطر .

والثانى : إن تعلقت بماليته ، فهى المتعلقه بالقيمة وهى ، زكاة التجارة .

وإن تعلقت بذاته ، فالمال ثلاثة أقسام ، حيوانى ومعدنى ونباتى .

فالحيوانى : لازكاة فى شئ منه إلا فى النعم .

والمعدنى : لا زكاة فى شئ منه إلا فى النقدين .

والنباتى : لازكاة فى شئ منه إلا فى المقتات .

ضابط : لايعتبر الحول فى الزكاة فى سبعة أشياء .

زكاة الزرع والثمار والمعدن ، والركاز ، والفطر ، وزيادة الربح فى التجارة ، والسخال إذا ماتت أمهاتها أو كملت النصاب .

قاعدة

المبادلة توجب استئناف الحول إلا فى موضعين

أحدها: فى التجارة إذا بادل سلعة التجارة بمثلها ، أو اشترى بغير النصاب من النقدين سلعة لها.

الثانى : فى الصرف إذا بادل أحد النقدين بالآخر ، على الصحيح .

قاعدة

لا تجتمع زكاتان فى مال إلا فى ثلاث مسائل

الأولى عبد التجارة ، فيه زكاتها والفطرة .

الثانية : نخل التجارة تخرج زكاة الثمرة وزكاة الجذع ونحوه بالقيمة .

الثالثة : من اقترض نصابا فأقام عنده حولا ، عليه زكاته وعلى مالكه .

ومثله اللقطة : إذا تملكها حولا .

قاعدة

لاتؤخذ القيمة فى الزكاة إلا فى أربعة مواضع

أحدها : زكاة التجارة .

والثانى : الجبران .

والثالث : إذا وجد فى مائتين من الإبل الحقاق وبنات اللبون ، فاعتقد الساعى أن الأغبط : الحقاق فأخذها ولم يقصر ، ولا دلس المالك ، وقع الموقع وجبر التفاوت بالنقد .

الرابع : إذا عجل الإمام ولم يقع الموقع وأخذ القيمة فله صرفها بلا إذن جديد .

قاعدة

لايؤخذ فى زكاة الماشية إلا الإناث ، إلا فى مواضع

أحدها : ابن اللبون أو حق ، عند فقد بنت مخاض .

الثانى : تبيع فى ثلاثين من البقر .

الثالث : الشاة المخرجة . فيما دون خمس وعشرين .

الرابع : البعير المخرج كذلك .

الخامس : إذا تمحضت ذكورا .

قاعدة

من لزمته نفقته لزمته فطرته ، ومن لا فلا

ويستثنى من الأول صور .

العبد ، والقريب ، والزوجة الكفار ، والبائن الحامل ، وزوجة العبد المكاتب ، والموقوف على مسجد ؛ أومعين ، أوعبد بيت المال ، والموصى برقبته لواحد ومنفعته لآخر ، وزوجة المعسر وزوجة الأب ومن مات سيده قبل الهلال وعليه دين مستغرق وعبد المالك فى المساقاة ، والقراض إذا شرط عمله مع العامل . عليه نفقته ، وفطرته على السيد ، والفقير ، على المسلمين نفقته ، لافطرته . ذكره الخفاف .

ولو أجر عبده ، وشرط نفقته على المستأجر ، ففطرته على السيد . نص عليه فى الأم . ومن حج بالنفقة ، ومن أسلم على عشر نسوة ، قال فى الخادم عليه نفقة الجميع ، لا الفطرة فيما يظهر ، لأنها إنما تتبع النفقة بسبب الزوجية .

فهذه عشرون صورة .

ويستثنى من الثانى :

المكاتب كتابة فاسدة : على السيد فطرته ، لا نفقته . وسيد الأمة المزوجة .

قاعدة : لا يبعض الصاع فى الفطر ، إلا إذا اعتبر بلد المؤدى فى العيد ونحوه ، وهو ضعيف .

ضابط

لا يخرج فى الفطرة ، دون صاع . إلا فى مسائل

الأولى : من نصفه مكاتب ، ونصفه الآخر حر ، أو عبد .

الثانية : عبد بين شريكين . أحدهما معسر ،

الثالثة : المبعض إذا كان معسراً .

الرابعة : إذا لم يوجد إلا بعض صاع .

باب الصيام

قال فى التلخيص : الصيام ستة أنواع

أحدها : مايجب التتابع فيه ، وفى قضائه ، وهو صوم الشهرين فى كفارة الظهار ، والقتل ، والجماع .

الثانى : مايجب التتابع فيه إلا لعذر المرض ، والسفر ، ولا تجب فى قضائه ؛ وهو شهر رمضان .

الثالث : مايجب فيه التفريق ، وفى قضائه ، وهو صوم التمتع .

الرابع : مايستحب فيه التتابع ، وهو صوم كفارة اليمين .

الخامس : النذر ، وهو على قدر مايشرط الناذر من تتابع ، أو تفريق ، وقضاؤه مثله .

السادس : ماعدا ذلك ، فلا يؤمر فيه بتتابع ، ولا تفريق .

ضابط

المعذورون فى الإفطار من المسلمين البالغين أربعة أقسام

الأول : عليهم القضاء ، دون الفدية . وهم الحائض ، والنفساء ، والمريض ، والمسافر والمغمى عليه .

الثانى : عكسه ، وهو الشيخ الذى لايطيق .

الثالث : عليهم القضاء والفدية ، وهم الحامل ، والمرضع إذا أفطرتا خوفا على الولد .

ومن أفطر لإنقاذ غريق ، ونحوه . ومؤخر قضاء رمضان مع الإمكان . حتى يدخل رمضان آخر .

الرابع : لاقضاء ، ولا فدية . وهو المجنون .

قاعدة : لاتجتمع الفدية ، والقضاء عندنا . إلا فى الصوم ، فى القسم الثالث ، ومن أفسد صومه بالجماع . وفى الحج من أفسد حجه بالجماع ، أوفاته الحج ، أوأخر رمى يوم إلى يوم ، على رأى ضعيف .

قلت : وفى الجمعة . كما تقدم .

قاعدة : كل من وجب عليه أداء رمضان . فأفطر فيه عمدا ، وجب عليه القضاء بلاخلاف إلا فى صورة واحدة . وهى .

المجامع : لا يلزمه مع الكفارة القضاء ، على رأى مرجوح .

ضابط : ليس لنا صبى يصوم فى رمضان ، ثم يجامع نهارا فيلزمه الكفارة ، إلا أن يبلغ قبل جماعه .

باب الحج

ضابط : ليس لنا موضع يسقط فرض الحج وعمرته بالنيابة عن المجنون . إلا فى موضع واحد . وهوأن يجن ويعضب .

ضابط : لا ينقلب الحج عمرة . إلا فى صورة .

وهى : أن يشرط انقلابه عمرة بالمرض . فإنه يصح فى الأصح ، وأجرى على وجه بالفوات .

ضابط : ليس لنا تحلل قبل وقته بلا هدى ، إلا إذا شرط أنه إذامرض تحلل . أو شرطه لغرض آخر من فراغ نفقة ، وضلال ، ونحوهما .

ضابط : لايحل شىء من محرمات الإحرام بغير عذر قبل التحلل الأول ، إلا حلق شعر بقية البدن . فإنه يحل بعد حلق الركن . أو سقوطه لمن شعر على رأسه .

قال البلقينى : وقياسه جواز القلم حينئذ ، كالحلق إذ هو شبهه . قال : وفيه نظر .

ضابط

فدية الحج عشرون

دم التمتع . والقران، والفوات . والإحصار . والتأخير إلى الموت . والإفساد . والاستمتاع دون الإفساد . والمبيت بمزدلفة . ومنى لياليها . والميقات . والدفع من عرفة قبل الغروب . والرمى والحلق . واللبس . والطيب . والقلم . والصيد . ونبات الحرم . وطواف الوداع . وترك مشى القادر عليه إلى بيت الله ، إذا نذره

فائدة : قال الحليمى : الفدية تفارق الكفارة فى أن الكفارة لا تجب إلا عن ذنب . بخلاف الفدية ، وحيث وجبت فى الشرع ، فهى مقدرة . إلا فى فدية الأذى ، فإنها بدين ، وعلى التراخى ، إلا إذا كانت بسبب تعدى فيه . كما لو نذر صوم الدهر ، فأفطر يوما تعديا فإنها تجب على الفور . صرح به الرافعى .

ضابط

الدماء أربعة أضرب

أحدها : تخيير ، وتقدير . أى قدر الشرع البدل ، وذلك دم الحلق ، والقلم ، والطيب واللبس ، والدهن ، ومقدمات الجماع ، شاة الجماع بين التحللين .

الثانى : تخيير ، وتعديل . أى يعدل فيه إلى الإطعام ، وذلك جزاء الصيد ، وما ليس بمثلى يتصدق بقيمته طعاما ، أو يصوم عن كل مد يوما ، فإن انكسر صام يوما كاملا .

الثالث : ترتيب ، وتقدير ، وهو دم التمتع ، وترك المأمور . كالإحرام من الميقات عند العراقيين .

الرابع : ترتيب ، وتعديل ، وهو دم الجماع ، والإحصار ، وترك المأمور على المرجح .

قاعدة : كل الدماء تتعين فى الحرم . إلا دم الإحصار ، فحيث أحصر .

قاعدة : يتعدد الجزاء بتعدد سببه ، إلا استمتاع غير جماع اتحد نوعه ، ومكانه ، وزمانه ، أو نوعين للتبعية ، كلبس ثوب مطيب على النص .

ولو باشر بشهوة ثم جامع . دخلت الشاة فى البدنة ، فى الأصح .

باب الصيد

من ملك صيدا ، حرم عليه إرساله ، إلا فى صور :

أن يحرم ، أو يكون له فرخ يموت ، أو لم يجد مايطعمه ، أو مايذبحه به .

باب الأطعمة

الحيوان أربعة أقسام :

أحدها : مافيه نفع ، ولا ضرر فيه . فلا يجوز قتله .

الثانى : مافيه ضرر بلا نفع ، فيندب قتله : كالحيات ، والفواسق .

الثالث : مافيه نفع من وجه ، وضرر من وجه ، كالصقر والبازى ، فلا يندب ، ولايكره .

الرابع : مالا نفع فيه ، ولا ضرر ، كالدود ، والخنافس ، فلا يحرم . ولا يندب .

ضابط : ليس لنا بيض يحرم أكله .

واستثنى بعضهم بيض الحيات والحشرات ، ولا شك فيه .

وليس لنا فى الحيوان شىء يؤكل فرعه ولا يؤكل أصله إلا لبن الآدمى ، وبيض مالا يؤكل لحمه ، وعسل النحل وماء الزلال .

زاد فى الخادم : والزباد ، يؤخذ من سنور برى ولا يمتنع أكله ، كما لايمتنع أكل المسك.

كتاب البيع

البيع أقسام

صحيح قولا واحدا وفاسد قولا واحدا ، وصحيح على الأصح ؛ وفاسد على الأصح وحرام يصح ، ومكروه .

فالأول : عشرة ، كل بشرطه :

بيع الأعيان والمطعوم بمثله ، والصرف والعرايا والتولية والإشراك والمرابحة وشراء ما باع، وبيع الخيار والعبد المأذون والسلم ، والثانى بيع المعدوم ، ومنه :

حبل الحبلة ، والمضامين والملاقيح ، ومالا منفعة فيه ومالا يقدر على تسليمه ، وكل نجس وما يتعلق به حق الله تعالى ، والآدمى كالوقف والأضحية ، والرهن والربا ، وبيع وشرط مفسد ، والمنابذة والملامسة والحصاة وعسب الفحل ، والمجهول ومالا يقبض من غير البائع ، والمحاقلة والمزابنة والثمار قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع والغرر والسلاح للحربى ، والطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، والكالئ بالكالئ .

الثالث : كالبيع بالكناية ، وبيع الماء ولو على الشط ، والترب بالصحراء والعلق لامتصاص الدم ، والعبد الذى عليه قتل والنحل خارج الكوارة ، وما ضم إليه عقد آخر وبطل بعض صفقته ، وبشرط العتق وبشرط البراءة من العيوب .

والرابع : بيع المعاطاة ، والمتنجس من المائعات وحمام البرج الخارج ، والصبرة تحتها دكة مع العلم ، والفضولى ، والجانى المتعلق برقبته مال ، والمفلس ماله المبين ، وأم الولد ، والمكاتب ، وما لم ير ، والعبد المسلم للكافر ، إلا إن عتق عليه بقرابة أو اعتراف ، وما استغرقت الوصية منافعه لغير الموصى له ، وبيع حامل مع استثناء حملها لفظا أو شرعا ، والمصحف ، والحديث ونحوه من الكافر ، والعرايا فى غير الرطب والعنب ، أو فى خمسة أوسق فأكثر ، واللحم بالحيوان والولد غير المميز دون أمه وبيع اثنين عبدين لكل واحد بثمن واحد ، ولم يعلم ما يخص كلا منهما وما ضم إلى الكتابة وما لم يقبض من البائع وبيع ما لا جفاف له بمثله ، وما اشترط فيه رهن أو كفيل مجهول .

والخامس : بيع الحاضر للبادى ، وتلق الركبان ، والنجش وعلى بيع غيره والشراء عليه ، وبيع العنب لمن علم أنه يعصره خمرا ، والبيع وقت النداء ليوم الجمعة .

والسادس : بيع العنب لمن يظنه يعصره خمرا ، والصبرة جزافا ، والهرة ، والعينة ، ومواطأة رجل في الشراء منه بزائد ليغر به .

ضابط : قال صاحب التلخيص : بائع مال الغير إمام أو حاكم أوولى أو وصى ، أووكيل أو مستحق ظفر بغير جنس حقه ، أو المهدى إذا عطب الهدى ، وقلنا يجوز بيعه ، أو ملتقط يخاف هلاك اللقطة .

الصور التي يدخل فيها

العبد المسلم في ملك الكافر

١ ـ ابتداء الإرث .

٢ ـ استرجاعه بإفلاس المشترى .

٣ ـ يرجع في هبته لولده .

٤ ـ يرد عليه بالعيب .

٥ ـ إذا قال المسلم : أعتق عبدك عنى فأعتقه .

٦ ـ إذا عجز مكاتبه عن النجوم ، فله تعجيزه .

٧ ـ إذا اشترى من يعتق عليه لقرابة .

ذكر هذه السبعة النووى في الروضة .

٨ ـ إذا اشترى من يعتق عليه باعترافه ، كأن أقر بحرية مسلم في يد غيره ، ثم اشتراه .

٩ ـ أن يرجع إليه بتلف مقابله قبل القبض .

١٠ ـ أن يرجع إليه بإقالة ، إن جوزناه .

١١ ـ أن يرد الثمن الذى باعه به لعيب ويسترجعه .

١٢ ـ أن يتبايع كافران عبدا كافرا فيسلم قبل قبضه ، فيمتنع القبض ويثبت للمشترى الخيار ، فإذا فسخ فقد دخل في ملك البائع الكافر .

١٣ ـ تبايعاه بشرط الخيار فأسلم ، دخل في ملك الكافر بانقضاء خيار البائع .

١٤ ـ إذا باعه بشرط الخيار للمشترى ، ففسخ ، دخل بالفسخ في ملك الكافر بعد أن كان في ملك من له الخيار .

١٥ ـ أن يرد عليه لفوات شرط ، ككتابة وخياطة .

١٦ ـ إذا اشترى ثمرا بعبد كافر ، فأسلم واختلطت وفسخ العقد .

١٧ ـ إذا باع الكافر عبده المسلم المغصوب ممن يقدر على انتزاعه ، فعجز قبل قبضه وفسخ المشترى .

١٨ ـ باعه من مسلم رآه قبل العقد ، ثم وجده متغيرا عما كان وفسخ .

١٩ ـ باعه المسلم ماله الغائب فى مسافة القصر وفسخ .

٢٠ ـ باعه بصبرة من طعام ، ثم بان تحتها دكة وفسخ .

٢١ جعله رأس مال سلم ، فانقطع المسلم فيه وفسخ .

٢٢ ـ أقرضه ، ثم رجع فيه قبل التصرف .

٢٣ ـ ورثه وباعه ، ثم ظهر على التركة دين ولم يقضه ، يفسخ البيع ويعود إلى ملكه .

٢٤ ـ اشترى العامل الكافر عبيدا للقراض ، واقتسما بعد إسلامهم ، فقياس المذهب صحته وحينئذ ، فيدخل المسلم فى ملكه ، لأن العامل لا يملك حصته إلا بقسمة .

٢٥ ـ أن يجعله أجرة أو جعلا ، ثم يقتضى الحال فسخ ذلك بسبب من الأسباب .

٢٦ ـ التقطه وحكمنا بكفره فأسلم ، وأثبت كافر أنه كان ملكه فإنه يرجع فيه ، فإنهم صرحوا بأن التملك بالالتقاط ، كالتمليك بالقرض .

٢٧ ـ أن يقف على كافر أمة كافرة ، فتسلم ثم تأتى بولد من نكاح أو زنا ، فإنه يكون مسلما تبعا لأمه ، ويدخل فى ملك الكافر ، لأن نتاج الموقوفة ملك للموقوف عليه ، على الصحيح .

٢٨ ـ أن يوصى لكافر بما تحمله أمته الكافرة ، فيقبل ثم تسلم وتأتى بولد .

٢٩ ـ أن يتزوج المسلم بأمة مسلمة لكتابى . فإنه يصح ، وولدها منه مسلم مملوك لسيد الأمة .

٣٠ ـ وطىء كافر جارية مسلمة لولده وأولدها . انتقلت إليه وصارت مستولدة له .

٣١ ـ وطىء مسلم أمة كافر ، على ظن أنها زوجته الأمة ، فالولد مسلم مملوك للكافر .

٣٢ ـ أصدق الكافر زوجته كافرا ، فأسلم واقتضى الحال رجوعه أو بعضه إلى الزوج بطلاق ، أو فسخ بعيب ، أو إعسار أو إسلام ، أو فوات شرط أو تخالف .

٣٣ ـ خالع زوجته الكافرة على كافر فأسلم ، واقتضى الحال فسخ الخلع بعيب ، أو نحوه .

٣٤ ـ أسلم عبد الكافر ، بعد أن جنى جناية توجب مالا يتعلق برقبته ، وباعه بعد اختيار الفداء ، فتعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه ، أو غيبته أو صبره على الحبس : فإنه يفسخ البيع ويعود إلى ملك سيده الكافر ، ثم يباع فى الجناية .

٣٥ ـ إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام وكانت الغنيمة أطفالا أو نساء أوعبيدا ؛ فأسلموا بالاستقلال أو التبعية ، ثم اختار الغانمون التملك ، فقياس المذهب أن الإمام يرضخ للكفار بما وجد لتقدم سبب الاستحقاق ، وهو حضور الوقعة وحصول الاختيار المقتضى للملك على الصحيح.

٣٦ ـ أن يكون بين كافرين أو كافر ومسلم : عبيد مسلمون أو بعضهم مسلم فيقتسمون وقلنا : القسمة إقرار ، فقياس المذهب يقتضى الجواز ، وحينئذ : فيدخل المسلم أو بعضه فى ملك الكافر.

٣٧ ـ أن يعتق الكافر نصيبه من عبد مسلم ، فإن الباقى يدخل المسلم فى ملكه ، ويقوم عليه نقله فى شرح المهذب عن البغوى وأقره .

٣٨ ـ أسلمت أمة الكافر ، ثم ولدت من غيره بنكاح أو زنا قبل زوال ملكه فإنه يدخل فى ملكه .

٣٩ ـ كاتب عبده المسلم ثم اشترى المكاتب عبدا مسلما ، ثم عجز فإن أمواله تدخل فى ملك السيد ومن جملتها عبده المسلم .

٤٠ ـ أسلمت مستولدته ، ثم أتت بولد من نكاح أو زنا ، فإنه يكون مملوكا له .

ذكر هذه الصور كلها فى المهمات .

وفاته : ما إذا فسخ البيع فيه بتخالف .

وما إذا اشترى مسلما بشرط العتق على وجه .

وقد ذكر ابن السبكى فى الأشباه والنظائر أكثر الصور المذكورة وعد صورة الصداق باعتبار أسبابها ست صور ، وفعل فى غيرها أيضا كذلك .

وبهذا الاعتبار تزيد الصور على الخمسين .

قلت : قد جمعت هذه الصور فى أحرف يسيرة فى مختصر الجواهر فقلت .

لا يدخل المسلم فى ملك كافر ابتداء إلا بإرث ، أو شراء يعقبه العتق لقرابة أو اعتراف أو سؤال أو سراية أو شرط على وجه ، أو فسخ بعيب به أو بثمنه ، أو فوات شرط أو تخالف أو إقالة ، أو تلف مقابله قبل القبض ، أو إفلاس مشتريه ، أو غيبة ماله ، أو ظهور دين على التركة ، أو فسخ ما جعل فيه سلما أو أجرة ، أو جعلا أو صداقا أو خلعا ، أو قسمة فى شركة أو قراض أو رضخ أو نتاج أمته القنة ، والمستولدة ، والموصى بها له ، والموقوفة عليه من زوج أو أو زنا أو وطء بشبهة لا تقتضى الحرية ، أو رجوع فى قرض أو هبة أو التقاط أو كتابة .

قاعدة: ما عجز عن تسليمه شرعا ، لالحق الغير . هل يبطل لتعذر التسليم أويصلح نظرا إلى كون النهى خارجا ؟ .

فيه خلاف فى صور

منها النهى : عن التفريق بين الأم وولدها ، وعن بيع السلاح للحربى ، وبيع الماء أوهبته فى وقت الصلاة ، وبيع جزء معين مما لا ينقص بالقطع .

فى كل : قولان أو وجهان ، أصحهما البطلان .

ومنها : حيث منع الحاكم من قبول الهدية ، فالعقد لاخلل فيه ولكن تسلم المال إليه ممنوع منه شرعا ، فهل يصح ويمنع ؟ فيه وجهان . والأصح البطلان .

ما يجبر فيه المالك
على بيع ملكه

فيه فروع :

منها : الكافر يجبر على بيع عبده المسلم .

ومنها : المديون ، يجبر على بيع ماله لوفاء دينه .

ومنها : مالك الرقيق ، أو البهيمة إذا لم ينفق عليه ولا مال له غيره ، يجبر على بيعه .

ومنها : أفتى ابن الصلاح فى مغنية اشترت جارية وحملتها على الفساد ، أنها تباع عليها قهرا إذا تعين ذلك طريقا إلى خلاصها من الفساد .

وقد كنت أفتيت بذلك قبل أن أقف عليه ، تخريجا من مسألة عبد الكافر ، ثم رأيته فى فتاوى ابن الصلاح .

ونظر بما أفتى به القاضى الحسين : فيمن كلف عبده مالا يطيقه أنه يباع عليه تخليصا من الذل .

باب بيع وشرط

الشروط فى البيع أربعة أقسام

الأول : يبطل البيع والشروط ، كالشروط المنافية لمقتضى العقد ، كأن لا يتسلمه ، أو لا ينتفع به .

الثانى : يصح البيع دون الشرط ، كشرط مالا ينافيه ، ولا يقتضيه ولا غرض فيه ، وبيع غير الحيوان بشرط براءته من العيوب .

الثالث : يصح البيع والشرط ، كشرط خيار وأجل ورهن ، وكفيل وإشهاد وعتق . ووصف مقصود ، والبراءة من العيوب فى الحيوان .

الرابع : شرط ذكره شرط ، كبيع الثمار المنتفع بها قبل الصلاح ، يشترط فى صحة البيع شرط القطع ، ولو بيعت من مالك الأصل ، لكن لا يجب الوفاء به فى هذه الصورة .

وليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ، ولا يجب الوفاء به غيره .

باب تفريق الصفقة

قاعدة : الصفقة فى أبواب البيع : تنعقد بتفصيل الثمن ، وبتعدد البائع قطعا ، وبتعدد المشترى على الأصح إلا فى العرايا ، فإنها تتعدد بتعدد المشترى قطعا ، والبائع على الأصح .

باب الخيار

يثبت خيار المجلس : فى أنواع البيع ، كالصرف والطعام بالطعام ، والسلم والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة .

ولا يثبت فى الشركة ، والقراض والوكالة والوديعة ، والعارية ، والضمان والكتابة ، والرهن والإبراء والإقالة ، والحوالة وصلح الحطيطة وصلح المنفعة ودم العمد والشفعة والوقف ، والعتق والقسمة ، إلا إن كان فيها رد ، والنكاح والصداق ، وعوض الخلع ، والمساقاة والمسابقة ، وإجارة العين ، والذمة والهبة ولو بشرط ثواب على ما صححه فى الروضة والمنهاج ، تبعا لأصلهما فى باب الخيار .

قال الإسنوى : لكن المصحح فى باب الهبة ، ثبوتها فى ذات الثواب .

وحمل السبكى والبلقينى ما فى باب الخيار : على ما إذا أطلقا ، أو شرط ثواب مجهول وقلنا به ، وهما ضعيفان .

قلت : ليس الأمر كما قالوه ، ولم يصرح فى باب الهبة بتصحيح ثبوتها ، بل بناه على كونه بيعا ، ولا يلزم من البناء التصحيح .

ضابط : ما ثبت فيه خيار المجلس ، يثبت فيه خيار الشرط إلا ما شرط فيه القبض وهو الربوى والسلم وما يسرع إليه الفساد ، ومن يعتق على المشترى ، كما فى الحاوى الصغير وجزم به الإسنوى والبلقينى فى التدريب ، وما لا فلا .

ضابط : لا يتبعض خيار المجلس ابتداء ، فيقع لواحد دون آخر إلا فى صور :

الأولى إذا اشترى من اعترف بحريته .

الثانية : إذا اشترى من يعتق عليه ، وقلنا : الملك فى زمن الخيار للمشترى تخير البائع دونه ، وهو ضعيف .

الثالثة : فى الشفعة إذا أثبتنا الخيار للشفيع ، وهو ضعيف أيضا .

قاعدة: إذا اجتمع الفسخ والإجازة ، بطلت الإجازة إلا فى صورتين :

الأولى : إذا اشترى عبدا بجارية وأعتقها ؛ فالإجازة مقدمة فى الأصح .

الثانية : إذا فسخ أحد الوارثين وأجاز الآخر أجيب .

قاعدة : كل عيب يوجب الرد على البائع ، يمنع إذا حدث عند المشترى ، إلا ما كان لا ستعلام العيب القديم ، وكل عيب لا يوجبه لايمنع الرد ، إلا إذا اشترى عبدا له إصبع زائدة فقطعه واندمل، فإنه يمنع الردولو وجد ذلك فى يد البائع ، لم يرد به المشترى .

ضابط : العيب المثبت للخيار : ما نقص العين أو القيمة ، نقصا يفوت به غرض صحيح ، والغالب فى جنس المبيع : عدمه ، كالخصاء سواء كان فى الرقيق ، كما فى كلام الشيخين ، أم فى البهائم ، كما صرح به الجرجانى وغيره ، والزنا والسرقة والإباق والبخر الناشئ من المعدة ، والصنان المستحكم ؛ وكون الأرض منزل الجند أو ثقيلة الخراج فوق العادة ، أو بقربها خنازير تفسد الزرع ، أو قصارون يزعزعون الأبنية ، أولها خراج حيث لا خراج لمثلها ، والبول فى الفراش فى غير أوانه ، والمرض والبله والبرص والجذام والبهق ، وكونه أصم ، أو أقرع أو أعور ؛ أو أخفش ، أو أجهر ، أو أعشى ، أو أخشم أو أبكم أو أرت لايفهم ، أو فاقد الذوق أو أنملة ، أو ظفر أو شعر أو أبيضه فى غير أوانه أو ذا إصبع ، أو سن زائدة ، أو مقلوعة ، أو ذا قروح ، أو ثآليل كثيرة ، واصطكاك الكعبين ، وانقلاب القدمين ، وآثار القروح والكى والشجاج ،وسواد السن وحفرها وكونه نماما أو ساحرا أو قاذفا أو مقامرا ، أو تاركا للصلاة أو شاربا للخمر ، أو ممكنا من نفسه ، أوخنثى ولو واضحا ، أو مخنثا أو رتقاء أو قرناء أو أحد ثدييها أكبر أو معتدة أو مزوجة أو مزوجا ، أو برقبته دين لاذمته ، أو مرتدا أو كتابيا أو لا تحيض وهى فى سنه أو جاوز طهرها العادات الغالبة ، وقلة الأكل فى الدابة ، لا الرقيق ، والحمل فى الآدمية لا البهائم ، وجماح الدابة وعضها ورفسها وخشونة مشيها ، بحيث يخاف السقوط ، وشربها لبنها ، وتشميس الماء ونجاسة المبيع ونز الأرض حيث ضر ،

والرمل تحت أرض البناء والحجر تحت أرض الزرع ، وحموضة البطيخ لا الرمان .

هذا ما في الروضة وأصلها .

ويزاد عليها : الوشم ، واختلاف الأضلاع والأسنان ، وركوب بعضها على بعض ، والحول ، وعدم نبات العانة ، والغنة في الصوت والعسر إلا إن عمل باليمنى أيضا .

ذكر ذلك شريح والهروى وغيرهما .

واللخن ، وهو : تغير رائحة الفرج وظهور قبالة بالوقف ، ولا بينة .

ذكرها الروياني .

وكونها ممسكنة من دبرها . ذكره البلقيني .

والكذب : نقله في الكفاية .

وجناية شبه العمد : فيما بحثه في المطلب .

والعمد إذا تاب ، فيما صححه السبكي وفيه وجهان ، في الروضة ، والشرح بلا ترجيح .

وفيهما : أن جناية الخطأ غير عيب ، مالم تكثر .

وليس من العيوب : كونه رطب الكلام ، أو غليظ الصوت ، أو سيء الأدب ، أو ولد زنا ، أو عنينا ، أو مغنيا ، أو حجاما ، أو أكولا ، أو ثيبا ، أوعقيما أو غير مختون ، أو يعتق عليه ، أوأخته من رضاع ، أو نسب ، أو موطوءة أبيه ، أو البائع وكيل ، أو ولي ، أو قطع من فخذه أو ساقه فلذة يسيرة ، إلا في حيوان التضحية حيث منعها .

باب الإقالة

تجوز : في البيع ، والسلم ، والحوالة ، فيما صححه البلقيني . تبعا للخوارزمي .

وقد مرت في الفسوخ والصداق ، فيما ذكره القاضي حسين في فتاويه ، بناء على ضمان العقد .

باب

يصح قبل قبض المبيع : إعتاقه ، واستيلاده ، ووقفه ، وقسمته ، وإباحته الطعام للفقراء ، والإقالة فيه ، وتزويجه . لا بيعه ، وكتابته ، ورهنه ، وهبته ، وإقراضه ، والتصدق به ، وإجارته وجعله أجرة ، أو عوض صلح ، والتولية ؛ والإشراك فيه .

باب التولية والإشراك

قاعدة : لا يشترط العلم بالثمن قبل العقد ، إلا فى التولية ،والإشراك . ولا كون الثمن مثليا إلا فيها وفى الربويات ، وثمن الشفعة ، حيث كان الأول مثليا .

ضابط : ليس لنا عقد بيع يسقط فيه جميع الثمن بإبراء غير المشترى بعد اللزوم ، إلا فى التولية إذا حط عن الأول.

باب السلم

ضابط : لا يجوز السلم فيما دخلته النار ، إلا الدبس ؛ والعسل المصفى بها ، والسكر ، والفانيذ واللبا والجص،والآجر على ماصححه فى التصحيح ، وماءالورد على مارجحه فى المهمات.

باب القرض

قاعدة : ماجاز السلم فيه : جاز قرضه ، ومالا فلا .

ويستثنى من الأول :

الجارية التى تحل للمقترض ، كما ذكره الشيخان . والدراهم المغشوشة ، كما ذكره الرويانى فى البحر .

ويستثنى من الثانى :

الخبز ، كما صححه فى الشرح الصغير ، وشقص الدار ، كما نقله فى المطلب عن الأصحاب ، ومنافع الأعيان ، فيما ذكرها المتولى .

والمجزوم به فى الشرح عن القاضى حسين : منع قرضها لمنع السلم فيها .

وأما منافع الذمة . فالمصرح به فى الشرح والروضة : جواز السلم فيها ، فيجوز قرضها .

باب الرهن

ما جاز بيعه جاز رهنه ، ومالا فلا .

ويستثنى من الأول :

المنافع : يجوز بيعها بالإجارة ، دون رهنها ؛ لعدم تصور قبضها فيها .

والدين : يباع ممن هو عليه ، ولا يرهن عنده .

والمدبر : يجوز بيعه لا رهنه ، وكذا المعلق عتقه بصفة يمكن سبقها حلول الدين .
والمرهون : يصح بيعه من المرتهن ، ولا يصح رهنه عنده بدين آخر على الجديد .
ويستثنى من الثانى :
رهن المصحف ، والعبد المسلم من الكافر ، والسلاح من الحربى ، والأم دون ولدها وعكسه ، والمبيع قبل القبض .

قاعدة : قال فى الرونق ، واللباب : والرهن غير مضمون ، إلا فى ثمان مسائل :

المرهون : إذا تحول غصباً .

والمغصوب : إذا تحول رهنا .

والعارية : إذا تحولت رهنا .

والمرهون : إذا تحول عارية .

والمقبوض على السوم : إذا تحول رهنا .

والمقبوض بالبيع الفاسد : إذا تحول رهنا .

والمبيع المقابل فيه : إذا رهنه منه قبل القبض .

والمخالع عليه : إذا رهنه منها قبل القبض .

باب الحجر

أنواعه

ذكر منها فى الروضة ثمانية .

حجر الصبى ، والمجنون ، والسفيه . والراهن للمرتهن . والمريض للورثة ، والمفلس لحق الغرماء . والعبد لسيده ، وفى المرتد للمسلمين .

وزاد فى الكفاية : الحجر على السيد فى المكاتب . وفى الجانى ، وعلى الورثة فى التركة .

وزاد فى المطلب : الحجر الغريب على المشترى فى جميع ماله حتى يوفى الثمن ، وعلى الأب إذا عفه ابنه بجارية ، حتى لا يبيعها . قاله القاضى حسين ، والمتولى .

وزاد السبكى : الحجر على الممتنع من وفاء دينه ، وماله زائد ، إذا التمسه الغرماء فى الأصح .

وزاد الإسنوى : إذا رد بعيب ، فله حبس السلعة ، ويحجر على البائع فى بيعها حتى يؤدى الثمن . قاله المتولى .

وعلى من غنم مال حربى مديون قد استرق حتى يوفى .

وعلى المشترى فى البيع قبل القبض، قاله الجرجانى .

وعلى العبد المأذون للغرماء .

وعلى السيد فى نفقة المزوجة، حتى يعطيها بدلها .

وعلى مالك دار قد استحقت العدة فيها بالحمل أو الأقراء .

وعلى من اشترى عبدا بشرط العتق، وفى المستولدة .

وفيما إذا أعتق شريكه الموسر نصيبه . إذا قلنا : لايسرى إلا بدفع القيمة .

وفيما استؤجر على العمل فيه، حتى يفرغ ويعطى أجرته .

وفيما إذا قال شريكان لعبدبينهما : إذا متنا فأنت حر . فمات أحدهما، فليس لوارثه التصرف فيه بالبيع ونحوه ونصيب الآخر مدبر، حتى يموت، فيعتق كله .

وفيما إذا نعل المشترى الدابة، ثم اطلع على عيبها، وقلعه يعيبها . فردها، وترك له النعل : أجبر على قبوله ؛ وهو إعراض عنه فى الأصح، فيكون للمشترى لو سقط، ويمتنع عليه بيعه؛ كدار المعتدة .

وفيما إذا أعار أرضا للدفن، فيمتنع بيعها قبل بلى الميت .

وفيما إذا خلط المغصوب بما لايتميز : فعليه بدله، ويحجر عليه فيه إلى رد البدل .

وفيما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث وباقى ماله غائب، فيحجر على الموصى له فى الثلثين لاحتمال التلف، وفى الثلث على الأصح . لعدم تمكن الوارث من الثلثين .

وفيما إذا أقام شاهدين على ملك، ولم يعدلا . فيمتنع على صاحب اليد البيع ونحوه، بعد حيلولة الحاكم، وقبلها على أحد الوجهين .

وفيما إذا اشترى عبدا بثوب، وشرطا الخيار لمالك العبد، فالملك له فيه ؛ ويبقى الثوب على الآخر لئلا يجتمعا فى سلك واحد ؛ ولا يجوز لمالكه التصرف فيه .

وفيما إذا أحبل الراهن المرهونة، وهو معسر : فلاينفذ الاستيلاد، ومع ذلك لايجوز بيعها فى الأصح، لأنها حامل بحر، ولا بعد الولادة حتى تسقيه اللبأ ، ويجد مرضعة ، خوفا من سفر المشترى بها فيهلك الولد .

وفيما إذا أعطى الغاصب القيمة للحيلولة ثم ظهر المغصوب . فله حبسه إلى استرداد القيمة . ويلزم من حبسه امتناع تصرف مالكه فيه بطريق الأولى .

وفى بدل العين الموصى بمنفعتها إذا تلفت فيمتنع على الوارث التصرف فيه ، لأنه يستحق عليه أن يشترى به مايقوم مقامه .

وفيما إذا أعطى لعبده قوته ، ثم أراد عند الأكل إبداله ، لم يكن له ذلك . قاله الرويانى وقيده الماوردى بما إذا تضمن الإبدال تأخير الأكل .

وفيما إذا نذر إعتاق عبده ، فليس له التصرف فيه ، وإن لم يخرج عن ملكه .

وفيما إذا دخل وقت الصلاة وعنده مايتطهر به : لم يصح بيعه ، ولاهبته .

وفيما إذا وجبت عليه كفارة على الفور ، وفى ملكه ما يكفر به ، فقياس ماسبق : امتناع تصرفه فيه .

وفيما إذا كان عليه دين لايرجو وفاءه ، أو وجبت عليه كفارة لا يحل له التصدق بما معه ، ولا هبته ، ولكن لو فعل ، ففى صحته نظر .

هذا آخر ماذكره فى المهمات .

قال الشيخ ولى الدين فى النكت : وبقيت مسائل أخرى .

منها : الحجر على المالك قبل إخراج الزكاة ، وعلى الوارث فى العين الموصى بها قبل القبول .

وعلى السيد فيما بيد العبد المأذون : إذا ركبه ديون .

وإذا اشترى شراء فاسدا ، وقبض الثمن ، فله الحبس إلى استرداده على رأى ، ويلزم منه امتناع التصرف .

وحجر القاضى على من ادعى عليه بدين فى جميع ماله إذا اتهم بحيلة . وقد أقام المدعى شاهدين ، ولم يزكيا على رأى .

والحجر على النائم . قاله القاضى حسين .

وعلى المشترى : إذا خرس فى مجلس البيع ، فإن الحاكم ينوب عنه فيما قاله الرفعى .

وعلى الواقف فى الموقوف ، إن قلنا إنه ملكه .

ضابط : قال المحاملى فى المجموع : الحجر أربعة أقسام .

الأول : يثبت بلا حاكم ، وينفك بدونه ، وهو حجر المجنون ، والمغمى عليه .

الثانى : لايثبت إلا بحاكم ، ولا يرتفع إلا به ، وهو حجر السفيه .

الثالث : لايثبت إلا بحاكم ، وفى انفكاكه بدونه وجهان ، وهو حجر المفلس .

الرابع : ما يثبت بدونه ، وفى انفكاكه ، وجهان ، وهو حجر الصبى إذا بلغ رشيداً .

باب الصلح

هو أقسام

أحدها : أن يكون بيعا ، بأن يصالح من العين الدعاة على عين أخرى .

ثانيها : أن يكون إجارة بأن يصالح منها على سكنى داره ، أو شىء من منافعها سنة .

ثالثها : أن يكون عارية ، بأن يصالح منها على سكناها . فإن عين مدة : كانت عارية مؤقتة، وإلا فمطلقة .

رابعها : أن يكون هبة ، بأن يصالح من العين على بعضها .

خامسها : أن يكون إبراء ، بأن يصالح من الدين على بعضه .

ذكر هذه الخمسة الرافعى .

سادسها : أن يكون فسخا بأن يصالح من المسلم فيه على رأس المال قبل القبض ، قاله ابن جرير الطبرى .

قال فى المهمات : وهو صحيح ماش على القواعد ، كما قال الأصحاب إن بيع المبيع قبل القبض للبائع بمثل الثمن الأول إقالة بلفظ البيع .

سابعها : أن يكون سلما بأن يجعل العين المدعاة رأس مال سلم ، نقله الإسنوى عن ابن جرير .

ثامنها : أن يكون جعالة ، كقوله : صالحتك من كذا على رد عبدى .

تاسعها : أن يكون خلعا . كقولها : صالحتك من كذا على أن تطلقنى طلقة .

عاشرها : أن يكون معاوضة عن دم العمد ، كقوله : صالحتك من كذا على ما أستحقه عليك من قصاص بنفس ، أو طرف .

حادى عشرها : أن يكون فداء ، كقوله للحربى : صالحتك من كذا ، على إطلاق هذا الأسير .

ذكر هذه الأربعة فى المهمات . وقال : أهملها الأصحاب ، وهى واردة عليهم جزما

باب الحوالة

فى حقيقتها عشرة أوجه

أصحها : بيع دين بدين ، جوز للحاجة .

وقيل : عين بعين .

وقيل : عين بدين .

وقيل : ليست بيعا ، بل استيفاء وقرض .

وقيل : لايمحض واحدا ، وإنما الخلاف فى المغلب ، فإن غلب البيع : جرت الأوجه السابقة.

فهذه تسعة .

والعاشر : ضمان بإبراء .

باب الضمان

قاعدة : ماصح الرهن به : صح ضمانه ، وما لا فلا .

ويستثنى من الثانى :

ضمان العهدة ، ورد الأعيان المضمونة : يصح ضمانها ، ، إلا الرهن بها .

ضابط : ليس لنا ضمان دين بعقد فى عين معينة لا يتعدى إلى غيرها ، إلا فيما إذا أعاره شيئا ليرهنه.

قاعدة : من ضمن بالإذن رجع ، وإن أدى بلا إذن . ومن لا فلا ، وإن أدى بإذن .

ويستثنى من الأول صور :

إحداها : أن يكون الضمان بالإذن قد ثبت بالبينة ، وهو منكر ، كما إذا ادعى على زيد وعلى غائب ألفا ، وأن كلا منهما ضمن ما على الآخر . فأنكر زيد ، فأقام المدعى بينة بذلك ، وأخذ من زيد ، فلا رجوع لزيد على الغائب فى الأصح ، لأنه مظلوم بزعمه فلا يطالب غير ظالمه.

باب الإبراء

قاعدة : لايصح الإبراء من المجهول ، إلا فى صورتين :

إبل الدية . وما إذا ذكر غاية يتحقق أن حقه دونها .

قاعدة : لايصح الإبراء عما لم يجب ، ولو جرى سبب وجوبه فى الأظهر ، إلا فى صورة:

وهى : مالو حضر بيرا فى ملك غيره بلا إذن ، وأبرأه المالك ، ورضى ببقائها ، فإنه يبرأ مما يقع فيها .

قاله صاحب التتمات فى فتاويه .

باب الشركة

ضابط : إذا انفرد أحد الشريكين بقبض شيء ، فهل يشاركه فيه الآخر ؟ هوأقسام :

الأول : مايشاركه فيه قطعا ، كريع الوقف على جماعة ، لأنه مشاع .

الثاني : لا ، قطعا ، كما لو ادعى على ورثة أن مورثكم أوصى لي ولزيد بكذا ، وأقام شاهدا وحلف معه فأخذ نصيبه : لا يشاركه فيه الآخر ، قطع به الرافعي .

الثالث : مايشاركه فيه على الأصح ؟ كما لوقبض أحد الورثة من الدين قدر حصته فللآخر مشاركته في الأصح : أو أحد الشريكين بإذن صاحبه من دين في الذمة على أن يختص به ، فالأصح : لايختص .

الرابع : لا ، على الأصح ، كما لو ادعى الورثة دينا لمورثهم وأقاموا شاهدا وحلف بعضهم فإن الحالف يأخذ نصيبه ، ولايشاركه فيه غيره على الصحيح المنصوص ، لأن اليمين لا يجرى فيها النيابة .

باب الوكالة

قاعدة : من صحت منه مباشرة الشيء : صح توكيله فيه غيره ، وتوكله فيه عن غيره ، ومن لا ، فلا .

ويستثنى من الأول :

العبادات البدنية ، إلا الحج . والصوم عن الميت ، والمعضوب ، والأيمان ، والنذر واللعان ، والإيلاء ، والقسامة ، والشهادات تحملا وأداء ، وتعليق الطلاق ، والعتق ؛ والتدبير ، والظهار ، والإقرار ، وتعيين المطلقة ، والمعتق ، والاختيار ، والظافر له الأخذ ، وكسر الباب دون التوكيل فيه والوكيل ، والعبد المأذون ، يقدران على التصرف ولا يوكلان إذا لم يؤذن لهما ، والولي إذا نهته عن التوكيل .

والسفيه المأذون له في النكاح : ليس له التوكيل فيه ، حكاه الرافعي عن ابن كج .

لأن حجره لم يرتفع إلا عن مباشرته . قال في الكفاية : والعبد كذلك .

والمرأة : لايجوز أن تتوكل إلا بإذن زوجها .

قاله الماوردي والروياني ، لأنه أمر يحوج إلى الخروج .

ويستثنى من الثانى مسائل .

منها : الأعمى يوكل فى العقود وإن لم يقدر عليها .

ومنها : المحرم يوكل فى النكاح من يعقد له بعد التحلل .

ومنها : المعلق الطلاق فى الدورية ، لايقدر على إيقاعه بنفسه ويقع من وكيله .

ومنها : الإمام الأعظم إذا كان فاسقا ، لايزوج الأيامى ولا يقضى ولا يشهد ولكنه ينصب القضاة حتى يزوجوا ، حكاه المتولى عن القاضى حسين ، وعلله أنا إنما لم نعزله بالفسق لخوف الفتنة ، وليس فى منعه من القضاء والتزويج إثارة فتنة وصححه السبكى .

ومنها : المرأة يوكلها الولى لتوكل رجلا عنه فى تزويج ابنته ، فإنه يصح على النص .

ومنها : من له قصاص طرف وحد قذف يوكل فيه ولا يباشره بنفسه خوف الحيف .

ومنها : المرأة توكل فى الطلاق فى الأصح ولا تباشره بنفسها .

ومنها : توكيل الكافر فى شراء المسلم : يصح فى الأصح مع امتناع شرائه لنفسه .

ومنها : توكيله فى طلاق المسلمة ، يصح فى الأصح .

ومنها : توكيل معسر موسرا فى نكاح أمة ، يجوز كما فى فتاوى البغوى .

ومنها : توكيل شخص فى قبول نكاح أخته ونحوها .

باب الإقرار

ضابط : قال فى الرونق : الإقرار أربعة أقسام .

أحدها : لايقبل بحال ، وهو إقرار المجنون .

الثانى : لا يقبل فى حال ويقبل فى ثانى حال ، وهو إقرار المفلس .

الثالث : لايصح فى شىء ويصح فى غيره ، وهو إقرار الصبى فى الوصية والتدبير والعبد والسفيه فى الحدود ، والقصاص والطلاق .

الرابع : الصحيح مطلقا ، وهو ماعدا ذلك .

قاعدة : من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ومن لا فلا .

ويستثنى من الأول :

الوكيل فى البيع وقبض الثمن إذا أقر بذلك وكذبه الموكل ، لايقبل قول الوكيل مع قدرته على الإنشاء ، وولى السفيه يملك تزويجه ، لا الإقرار به .

والراهن الموسر : يملك إنشاء العتق ، لا الإقرار به .

ومن الثانى : المرأة يقبل إقرارها بالنكاح ولا تقدر على إنشائه .

والمريض : يقبل إقراره بهبة وإقباض للوارث فى الصحة ، فيما اختاره الرافعى .

والإنسان يقبل إقراره بالرق ، ولا يقدر على أن يرق نفسه بالإنشاء ، ذكره الإمام .

والقاضى إذا عزل ، فأقر أمين أنه تسلم منه المال الذى فى يده ، وأنه لفلان ، فقال القاضى: بل هو لفلان ، قبل من القاضى ولم يقبل من الأمين .

والأعمى : يقر بالبيع ولا ينشيه ، والمفلس كذلك .

ولو رد المبيع بعيب ، ثم قال : كنت أعتقته قبل ورود الفسخ ، ولا يملك إنشاءه حينئذ .

ولو باع الحاكم عبدا فى وفاء دين غائب لحضر ، وقال : كنت أعتقته قبل ، مع أنه لا يملك إنشاءه حينئذ .

قاعدة : قال ابن خيران فى اللطيف : إقرار الإنسان على نفسه مقبول ، وعلى غيره غير مقبول إلا فى صورة :

وهى : ما إذا أقر جميع الورثة بوارث ، ثبت نسبه ولحق بمن أقروا عليه .

قلت : قد يضم إليها صورة ثانية .

وهى : ماذكره البغوى ، أن إقرار الإمام بمال بيت المال نافذ بخلاف إقرار الوصى والقيم على محجوره .

وقال ابن خيران : وكل من أقر بشىء ليضر به غيره ، لم يقبل إلا فى صورة .

وهى : أن يقر العبد بقطع أو قتل أو سرقة ، فيقبل وإن ضر سيده بإقامة الحد عليه .

وكل من أقر بشىء ، ثم رجع ، لم يقبل إلا فى حدود الله تعالى .

قلت : يضم إلى ذلك ما إذا أقر الأب بعين للابن ، فإنه يقبل رجوعه ، كما صححه النووى فى فتاويه ، وليس فى الروضة تصحيح .

قاعدة : قال فى التلخيص : كل من له على رجل مال فى ذمته ، فأقر به لغيره ، قبل ، إلا فى ثلاث صور :

إذا أقرت المرأة بالصداق الذى فى ذمة زوجها .

وإذا أقر الزوج بما خالع عليه فى ذمة امرأته .

وإذا أقر بما وجب له من أرش جناية فى بدنه ، قاله الرويانى فى الفروق .

هذا إذا منعنا بيع الدين في الذمة ، وأوجبنا رضا المحال عليه في الحوالة ، وإلا فيصح الإقرار بما ذكر .

وحمل الرافعي ماذكره صاحب التلخيص : على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل جريان ناقل .

قال : لكن سائر الديون أيضا كذلك ، فلا ينتظم الاستثناء .

قاعدة : الإقرار : لايقوم مقام الإنشاء ، لأنه خبر محض يدخله الصدق والكذب .

نعم : يؤاخذ ظاهرا بما أقر به ، ولايقبل منه دعوى الكذب في ذلك .

ومن فروعه

إذا أقر بالطلاق ، نفذ ظاهرا لا باطنا .

وحكى وجه : أنه إذا أقر بالطلاق ، صار إنشاء حتى يحرم عليه باطنا .

ومنها : اختلفا في الرجعة ، والعدة باقية فادعاها الزوج فالقول قوله .

ثم أطلق عليه جماعة ـ منهم البغوي ـ أنه قام مقام الإنشاء .

ومنها : لو قال تزوجت هـــذه الأمة ، وأنا أجد طول حرة ، ففي نصه أنها تبين بطلقة ، فلو تزوجت بعد ، عادت بطلقتين .

وقال العراقيون : هي فرقة فسخ لاتنقص العدد ، ومال إليه الإمام والغزالي .

وفي فتاوى القفال : لو ادعت عليه أنه نكحها وأنكر ، فمن الأصحاب من قال : لا تحل لغيره وهو الظاهر ولا يجعل إنكاره طلاقا بخلاف ما لو قال نكحتها وأنا أجد طول حرة ، لأنه هناك أقر بالنكاح وادعى ما يمنع صحته ، وهنا لم يقر أصلا .

وقيل : بل يتلطف الحاكم به ، حتى يقول : إن كنت نكحتها ؟ فقد طلقتها . نقله الرافعي

ومنها : لو قال ، طلقتك ثلاثا بألف ، فقالت : بل سألتك ذلك وطلقتني واحدة ، فلك ثلث الألف .

قال الشافعي : إن لم يطل الفصل طلقت ثلاثا ، وإن طال ولم يمكن جعله جوابا طلقت ثلاثا بإقراره .

ومنها : لو أقر الزوج بمفسد : من إحرام أو عدة أو ردة وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها في المهر ، ويفرق بينهما بقوله .

قال أصحاب القفال : وهو طلقة حتى لو نكحها ، عادت إليه بطلقتين .

قاعدة : من أنكر حقا لغيره ثم أقر به : قبل إلا فى صور .

منها : إذا ادعى عليها زوجية فقالت : زوجنى الولى بغير إذنى ، ثم صدقته .
قال الشافعى : لا يقبل .
وأخذ به أكثر العراقيين وقال غيرهم : يقبل ، وصححه الغزالى .
ومنها : لو قالت انقضت عدتى قبل أن تراجعنى ثم صدقته ، فى قبوله قولان .

قاعدة : كل من أخبر عن فعل نفسه قبلناه ، لأنه لا يعلم إلا من جهته إلا حيث تتعلق به شهادة كشهادة المرضعة ، ورؤية الهلال ونحوه .
أو دعوى : كولادة الولد المجهول ، واستلحاقه من المرأة ، وسيأتى لهذا تتمة فى باب الشهادة .

قاعدة : كل ما يثبت فى الذمة لا يصح الإقرار به .

ومن فروعه

ما فى فتاوى النووى : لو أقر بأن فى ذمته لزيد شربات نحاس ، لم يصح لأن الشربات لا يتصور ثبوتها فى الذمة لا سلما ، لعدم صحة السلم فيها ولا بول متلف ، لأنها غير مثلية .

باب العارية

قاعدة : لا تجب الإعارة ، إلا حيث تعينت لدفع مفسدة ، كدفن ميت حيث تعذر الاستئجار جزما ، وفى وضع الجذوع على القديم ، وفى كتاب كتب عليه سماع آخر بإذن صاحبه على رأى الزبيرى ، وصححه ابن الصلاح والنووى فى كتابيهما فى علوم الحديث والبلقينى فى محاسن الاصطلاح

قاعدة : العارية : لا تلزم إلا فى صور .

إحداها : أن يعير لدفن ويدفن ، فلا ترجع حتى يندرس .
الثانية : إذا كفنه أجنبى ، فإنه باق على ملكه ، كما صححه النووى وهو عارية لازمة .
كما قاله الغزالى .
الثالثة : قال أعيروا دارى بعد موتى لزيد شهرا ، ليس للوارث الرجوع ، قاله الرافعى .
الرابعة : أعاره سفينة ، فوضع فيها مالا ، لم يكن له الرجوع مادامت فى البحر .
الخامسة : أعاره لوضع الجذوع ، لم يرجع على رأى . والأصح أن له الرجوع بمعنى أنه يتخير بين التبقية بأجره والقلع مع ضمان النقص .

هذا إذا منعنا بيع الدين فى الذمة ، وأوجبنا رضا المحال عليه فى الحوالة ، وإلا فيصح الإقرار بما ذكر .

وحمل الرافعى ماذكره صاحب التلخيص : على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل بأن ناقل .

قال : لكن سائر الديون أيضا كذلك ، فلا ينتظم الاستثناء .

قاعدة : الإقرار : لا يقوم مقام الإنشاء ، لأنه خبر محض يدخله الصدق والكذب .

نعم : يؤاخذ ظاهرا بما أقر به ، ولا يقبل منه دعوى الكذب فى ذلك .

ومن فروعه

إذا أقر بالطلاق ، نفذ ظاهرا لا باطنا .

وحكى وجه : أنه إذا أقر بالطلاق ، صار إنشاء حتى يحرم عليه باطنا .

ومنها : اختلفا فى الرجعة ، والعدة باقية فادعاها الزوج فالقول قوله .

ثم أطلق عليه جماعة — منهم البغوى — أنه قام مقام الإنشاء .

ومنها : لو قال تزوجت هــذه الأمة ، وأنا أجد طول حرة ، ففى نصه أنها تبين بطلقة ، فلو تزوجت بعد ، عادت بطلقتين .

وقال العراقيون : هى فرقة فسخ لا تنقص العدد ، ومال إليه الإمام والغزالى .

وفى فتاوى القفال : لو ادعت عليه أنه نكحها وأنكر ، فمن الأصحاب من قال : لا تحل لغيره وهو الظاهر ولا يجعل إنكاره طلاقا بخلاف ما لو قال نكحتها وأنا أجد طول حرة ، لأنه هناك أقر بالنكاح وادعى ما يمنع صحته ، وهنا لم يقر أصلا .

وقيل : بل يتلطف الحاكم به ، حتى يقول : إن كنت نكحتها ؟ فقد طلقتها . نقله الرافعى

ومنها : لو قال ، طلقتك ثلاثا بألف ، فقالت : بل سألتك ذلك وطلقتنى واحدة ، فلك ثلث الألف .

قال الشافعى : إن لم يطل الفصل طلقت ثلاثا ، وإن طال ولم يمكن جعله جوابا طلقت ثلاثا بإقراره .

ومنها : لو أقر الزوج بمفسد : من إحرام أو عدة أو ردة وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها فى المهر ، ويفرق بينهما بقوله .

قال أصحاب القفال : وهو طلقة حتى لو نكحها ، عادت إليه بطلقتين .

قاعدة : من أنكر حقا لغيره ثم أقر به : قبل إلا فى صور .

منها : إذا ادعى عليها زوجية فقالت : زوجنى الولى بغير إذنى ، ثم صدقته .

قال الشافعى : لايقبل .

وأخذ به أكثر العراقيين وقال غيرهم : يقبل ، وصححه الغزالى .

ومنها : لو قالت انقضت عدتى قبل أن تراجعنى ثم صدقته ، ففى قبوله قولان .

قاعدة : كل من أخبر عن فعل نفسه قبلناه ، لأنه لايعلم إلا من جهته إلا حيث تتعلق به شهادة كشهادة المرضعة ، ورؤية الهلال ونحوه .

أودعوى : كولادة الولد المجهول ، واستلحاقه من المرأة ، وسيأتى لهذا تتمة فى باب الشهادة .

قاعدة : كل مايثبت فى الذمة لايصح الإقرار به .

ومن فروعه

مافى فتاوى النووى : لو أقر بأن فى ذمته لزيد شربات نحاس ، لم يصح لأن الشربات لايتصور ثبوتها فى الذمة لاسلما ، لعدم صحة السلم فيها ولا بول متلف ، لأنها غير مثلية .

باب العارية

قاعدة : لاتجب الإعارة ، إلا حيث تعينت لدفع مفسدة ، كدفن ميت حيث تعذر الاستئجار جزما ، وفى وضع الجذوع على القديم ، وفى كتاب كتب عليه سماع آخر بإذن صاحبه على رأى الزبيرى ، وصححه ابن الصلاح والنووى فى كتابيهما فى علوم الحديث والبلقينى فى محاسن الاصطلاح

قاعدة : العارية : لاتلزم إلا فى صور .

إحداها : أن يعير لدفن ويدفن ، فلا ترجع حتى يندرس .

الثانية : إذا كفنه أجنبى ، فإنه باق على ملكه ، كما صححه النووى وهو عارية لازمة . كما قاله الغزالى .

الثالثة : قال أعيروا دارى بعد موتى لزيد شهرا ، ليس للوارث الرجوع ، قاله الرافعى .

الرابعة : أعاره سفينة ، فوضع فيها مالا ، لم يكن له الرجوع مادامت فى البحر .

الخامسة : أعاره لوضع الجذوع ، لم يرجع على رأى . والأصح أن له الرجوع بمعنى أنه يتخير بين التبقية بأجره والقلع مع ضمان النقص .

قاعدة : العارية مضمونة فى يد المستعير ؛ إلا فى ثلاث صور :

إذا أحرم وفى يده صيد ، وقلنا بزوال ملكه عنه فأعاره ؛ لم يضمنه مستعيره ذكرها الرويانى فى الفروق .

وإذا استعار شيئا ليرهنه بدين ، فتلف فى يد المرتهن فلاضمان .

وإذا استعار من المستأجر أوالموصى له بالمنفعة ، فلاضمان على الأصح لأن المستأجر لايضمن، وهو نائب عنه .

ضابط :ليس لنا عارية عين لعين ، إلا فى إعارة الفحل للضراب قطعا ، والشاة لأخذلبنها. والشجرة لأخذ ثمرتها ، عند القاضى أبى الطيب ومن تبعه .

باب الوديعة

ضابط : العوارض المقتضية لضمانها عشرة . قال الدميرى فى منظومته :

عوارض التضمين عشر : ودعها   وسفر . ونقلها . وجحدها
وترك إيصاء . ودفع مهلك   ومنع ردها . وتضييع حكى
والانتفاع . وكذا المخالفه   فى حفظها إن لم يزد من خالفه

قاعدة: كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ، ضمنها بالتفريط إلا الصبى المميز ، فإنه يضمنها بالإتلاف على الأظهر ولا يضمنها بالتفريط قطعا ، لأن المفرط هو الذى أودعه .

باب الغصب

قاعدة: كل ماجاز بيعه ، فعلى متلفه القيمة إلا فى صور :

العبد المرتد والمحارب وتارك الصلاة والزانى المحصن .

ويتصور الإحصان فى كافر زنى وهو محصن ، والتحق بدار الحرب فاسترق .

قال المرعشى : وكل ماوجبت فيه القيمة على متلفه ، جاز بيعه إلا فى صور .

أم الولد ، والحر والوقف والمسجد والهدى الواجب ، والضحايا والعقيقة ، وصيد الحرم وشجره ، وستور الكعبة .

قاعدة : قال فى التدريب : كل من غصب شيئا وجب رده ، إلا فى ست صور :

مسألة الخيط ، واللوح والخلط حيث لاتميز ، والخمر غير المحترمة ، والعصير إذا تخمر فى يده.

والسادسة : حربى غصب مال حربى .

قال : ولا يملك بالغصب إلا فى هذه الصورة ؛ إذ لا احترام هنا .

قاعدة : قال فى التدريب : مؤنة الردواجبة على الغاصب بلا خلاف ، إلافى صورةواحدة.

وهى : الخمر المحترمة ، فالواجب فيها التخلية عند المحققين .

باب الإجارة

قاعدة : لا يجوز أخذ الأجرة على الواجب ، إلا فى صور :

منها : الإرضاع .

ومنها : بذل الطعام للمضطر .

ومنها : تعليم القرآن .

ومنها : الرزق على القضاء وهو محتاج حيث تعين .

ومنها : الحرف حيث تعينت .

ومنها : من دعى إلى تحمل شهادة تعينت عليه بخلاف ما إذا جاءه المتحمل ، وبخلاف الأداء ، فإنه فرض توجه عليه ، وهو أيضا كلام يسير لا أجرة لمثله . نعم له أخذ الأجرة على الركوب.

ويجوز أخذها على فروض الكفاية ، إلا الجهاد وصلاة الجنازة .

ضابط : قال البلقينى : لا يقابل شىء مما يتعلق ببدن الحر بالعوض اختيارا إلا فى ثلاث صور: منفعته ، ولبن المرأة، وبضعها .

باب الهبة

قاعدة : ما جاز بيعه ، جاز هبته ، وما لا فلا .

ويستثنى من الأول ثلاث صور .

المنافع تباع بالإجارة ولا توهب ، وما فى الذمة يجوز بيعه سلما لا هبة ، كوهبتك ألف درهم فى ذمتى ثم يعينه فى المجلس ، صرح به القاضى حسين والإمام وغيرهما ، والمال الذى لا يصح التبرع به ، ويجوز بيعه كمال المريض .

ويستثنى من الثانى صور :

منها مالا يصح بيعه لقلته ، كحبة حنطة ، ونحوها . قال النووى : يصح هبته بلا خلاف .

لكن وقع فى كلام الرافعى ، مالا يتمول ، كحبة حنطة ، وزبيبة ، لا يباع ، ولا يوهب وأسقطه من الروضة ، لوقوعه فى ضمن بحث .

قال الشيخ ولى الدين : والحق الجواز ، وإليه مال السبكى ، فإن الصدقة بتمرة تجوز وهى نوع من الهبة .

ومنها : لو جعل شاته أضحية : لم يجز بيع نمائها من الصوف واللبن ، وتصح هبته .

قاله فى البحر .

ومنها : جلد الميتة قبل الدباغ ، تجوز هبته على الأصح فى الروضة فى باب الآنية ، لأنها أخف من البيع .

ومنها : لا يصح بيع المتحجر ما تحجره فى الأصح ، لأن حق الملك لا يباع ، ويجوز هبته . صرح به الدارمى .

وعبارة الروضة عن الأصحاب : لو نقله إلى غيره صار الثانى أحق به .

ومنها : الدهن النجس ، يجوز هبته ، كما قاله فى الروضة تفقها ، وصرح به فى البحر .

ومنها : الكلب : يصح هبته ، نص عليه الشافعى .

ومنها : يصح هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرى ، قطعا ، ولا يصح بيع ذلك ، ولا مقابلته بعوض .

ومنها : الطعام إذا غنم فى دار الحرب : تصح هبة المسلمين له بعضهم من بعض ، ليأكلوه فى دار الحرب . لا تبايعهم إياه .

قاعدة : لا تصح هبة المجهول ، إلا فى صور :

منها : إذا لم يعلم الورثة مقدار مالكل منهم من الإرث ، كما لو خلف ولدين ، أحدهما خنثى . ذكره الرافعى فى الفرائض .

فقال : لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساو ، أو تفاوت : جاز .

قال الإمام : ولا بد أن يجرى بينهما تواهب ، وإلا لبقى المال على صورة التوقف وهـــذا التواهب : لا يكون إلا عن جهالة . لكنها تحتمل للضرورة .

ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ووهبه لهم عن جهل . صحت الهبة ، وإن كان مجهول القدر والصفة ، للضرورة ، قاله الرافعى فى باب الصيد .

ومنها : اختلاط الثمار والحجارة المدفونة فى البيع ، والصبغ فى الغصب ، ونحوه على ماصرحوا به فى مواضعه .

كتاب الفرائض

ضابط : الناس أقسام :

قسم لا يرث ولا يورث ، وهو العبد والمرتد .

وقسم يورث ولا يرث ، وهو المبعض .

وقسم يرث ولا يورث، وهو الأنبياء .

وقسم يورث ويرث ، وهو من ليس به مانع مما ذكر .

الأمور التي تقدم على مؤنة التجهيز خمسة عشر

الأول : الزكاة .

الثاني . حق الجناية .

الثالث : الرهن .

الرابع : المبيع إذا مات المشترى مفلسا .

الخامس : حصة العامل في ربح القراض .

السادس : سكنى المعتدة عن الوفاة بالحمل .

السابع : نفقة الأمة المزوجة .

الثامن : كسب العبد بالنسبة إلى زوجته .

التاسع : القدر الذي يستحقه المكاتب من مال الكتابة .

العاشر : الغاصب إذا أعطى القيمة للحيلولة ثم قدر عليه ، رده ورجع بما أعطاه ، فإن كان الفا تعلق حقه بالمغصوب ، وقدم به ؛ نص عليه في الأم ؛ وحكاه في المطلب .

الحادى عشر : المال المقترض .

الثاني عشر : نصف الصداق المعين لمطلق قبل الوطء .

الثالث عشر : المنذور التصدق بعينه .

الرابع عشر : رد المشترى المبيع بعيب ، ومات البائع قبل قبض الثمن . قدم به المشترى .

الخامس عشر : الشفيع مقدم بالشقص إذا دفع ثمنه للورثة .

حكى استثناؤه عن الأستاذ أبي منصور .

ضابط : الوارث يقوم مقام المورث قطعا : فى الأعيان ، والحقوق ، وبيان الطلاق المبهم ، واليمين المتوجه عليه .

وعلى الأصح ، فى خيار المجلس ، واستيفاء المستأجر ، إذا مات فى أثناء الإجارة .

ولا يقوم مقامه قطعا فى تعيين الطلاق المبهم .

ولا على الأصح ، فى البناء على حول الزكاة والحج وأيمان القسامة ، والقبول فى البيع .

ضابط

الحقوق الموروثة أقسام

ما يثبت لجميعهم على الاشتراك ، ولكل واحد منهم حصة ، سواء ترك شركاؤها حقوقهم أم لا ، وهو المال .

وما يثبت لهم على الاشتراك ، ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئا منه ، وهو القصاص .

وما يثبت لكلهم ، ولكل واحد منهم استيفاؤه بتمامه وهو حد القذف .

وما يثبت لهم ، وإذا عفا بعضهم توفر على الباقين ، وهو حق الشفعة .

لطيفة : أم ورثت السدس ، وليس لولدها ولد ، ولا ولد ابن ، ولا عدد من الإخوة والأخوات وذلك فى مسألة زوج وأبوين .

وورثت الربع كذلك فى زوجة وأبوين .

أخرى: لنا جدة ورثت مع أمها بالجدودة .

وصورتها أن تكون أم ولد الميت ، وأمها أم أم أمه ، بأن يتزوج أبوه بنت خالته وأمها موجودة ، وتخلف ولدا ، فيموت الولد ، فتخلف أم أبيه ، وأمها التى هى أم أم أمه ، فيرثان السدس .

ذكرها القاضى أبو الطيب ، ولا نظير لها .

ضابط : يقع التوارث من الطرفين فى النسب ، إلا ابن الأخ ، يرث عمته ولا ترثه ، وكذلك العم يرث ابنة أخيه ، وابن العم بنت عمه ، والجدة للأم ولد بنتها ، ولا عكس ، وفى الزوجة إلا المبتوتة فى القديم . ترثه ، ولا يرثها .

ولا يقع التوارث فى الولاء من الطرفين ، إلا فيما إذا ثبت لكل منهما الولاء على الآخر كأن أعتق الذمى عبدا ، ثم لحق بدار الحرب ، ثم أسلم العبد المعتق ، واسترق سيده بسبى أو شراء ، فأعتقه .

وكأن تزوج عبد بمعتقة . فأولدها ذكرا ، فهو حر تبعا لأمه ، فكبر . واشترى عبدا ، فأعتقه ، فاشترى هذا العتيق أبا سيده ، وأعتقه . فقد جر عتقه للأب ولاء أبيه من موالى الأم إلى هذا المولى أعتق أباه ، فالولاء ثابت لكل منهما على الآخر ، للابن على المعتق ، بمباشرته عتقه ، وللمعتق على الابن بعتقه أباه .

وكأن اشترى أختان أمهما ، وعتقت عليهما . ثم اشترت أم البنتين أباهما، وأعتقه . فللبنتين الولاء على أمهما بالمباشرة ، ولأمهما عليهما الولاء بإعتاق أبيهما .

ضابط : لا يساوى الذكر الأنثى من الاخوة الأشقاء إلا فى المشتركة .

ضابط : الإخوة للأم خالفوا غيرهم فى أشياء .

يرثون مع من يدلون به ، وهى الأم يحجبونها من الثلث إلى السدس ، ويرث ذكرهم المنفرد ، كأنثاهم المنفردة ، ويستويان عند الاجتماع ؛ ويشاركهم الأشقاء فى المشتركة ؛ وذكرهم يدلى بمحض أنثى ، ويرث .

ضابط : كل جدة فهى وارثة ، إلا مدلية بذكر بين أنثيين .

ضابط : لا ينقلب إلى أحد النصيب بعد أن يفرض له ، إلا الجد فى الأكدرية.

قاعدة : لا يجمع أحد بين فرضين أصلا ، ويجمع بين الفرض والتعصيب ، إلا فى بنت : هى أخت لأب ، فإنها ترث بالبنوة فقط ، فى الأصح .

فائدة : شخص ولد مسلما ، وورث من كافر .

وصورته : أن يموت الذمى عن زوجة حامل ، فتسلم الأم قبل الوضع ، ذكره الرافعى .

أخرى : قال الإسنوى : رجل نكح حرة نكاحا صحيحا ، ومع ذلك لا ترثه إذا مات .

وصورتها : ماذكره القفال فى فتاويه : أنه لو طلق رجعيا ، وادعى أن عدتها انقضت بولادة أو سقط ، قبل منه ، وجاز له نكاح أختها ، وأربع سواها ، فلو كذبته : لم يؤثر تكذيبها فى ذلك .

نعم : يؤثر بالنسبة إلى حقها ، حتى إنه يجب الإنفاق عليها ، ولومات ورثته المطلقة خاصة.

ضابط : أولاد الإخوة بمنزلة آبائهم ، إلا فى مسائل .

الأولى : ولد الإخوة للأم : لا يرثون ، بخلاف آبائهم .

الثانية : يحجب الأخوان الأم من الثلث إلى السدس ، بخلاف أولادهما :

الثالثة : يشارك الأخوان الأشقاء الإخوة للأم فى المشتركة .

ولا يشاركهم أولاد الإخوة الأشقاء .

الرابعة : الجد لا يحجب الإخوة ، ويحجب أولادهم .

الخامسة . الأخ يعصب أخته ، وابن الأخ لا يعصب أخته ، لأنهم من الأرحام .

السادسة : الأخ لأبوين، يحجب الأخ للأب ، ولا يحجب ولده ، بل يحجب ولده بالأخ للأب .

السابعة : أولاد الأخ إذا كانت عماتهم عصبات ، لا يرثون شيئا ، وآباؤهم يرثون .

باب الوصايا

ضابط : لا يصح الوصية بكل المال إلا فى صور :

الأول : له عبيد ، لا مال له غيرهم ، وأعتقهم وماتوا : عتقوا فى قول أبى العباس .

ونقل الرافعى ترجيحه عن الأستاذ ، ولم يذكر ترجيحا غيره .

الثانية : المستأمن إذا أوصى بكل ماله : صح .

الثالثة : من ليس له وارث خاص ، فأوصى بكل ماله : يصح فى وجه .

كتاب النكاح

قال البلقينى : ليس لنا عبارة شرعت فى عهد آدم إلى الآن ، ثم تستمر فى الجنة ، إلا لإيمان ، والنكاح .

ضابط : كل عضو حرم النظر إليه : حرم مسه ولا عكس ، إلا الفرج ، فإنه يحرم نظره فى وجه ، ويجوز مسه بلا خلاف .

قاعدة : لا يباشر مسلم عقد كافر بغير وكالة ، إلا الحاكم ، والمالك ، وولى المالكة المسلمة و الخنق وولى المحجور عليه المسلم .

قاعدة : لا مدخل للوصى فى تزويج الأنثى إلا فى أمة السفيه .

ضابط

الولى فى الإجبار أقسام

أحدها : يجبر ويجبر ، وهو الأب ، والجد فى البكر والمجنونة والمجنون .

الثانى : لا يجبر ولا يجبر وهو السيد فى العبد ، على المرجح فيهما .

الثالث : يجبر ، ولا يجبر : وهو السيد فى الأمة .

الرابع : عكسه ، وهو الولى فى السفيه .

الصور التى يزوج فيها الحاكم

عشرون

الأولى : عدم الولى حسا ؛ أو شرعا ، بأن يكون فيه مانع : من صغر ، أو جنون أو فسق أوسفه. ولا ولى أبعد منه .

الثانية : فقده . بحيث لا يعلم موته ، ولا حياته ، ولم ينته إلى مدة يحكم فيها بموته .

الثالثة : إحرامه .

الرابعة : عضله .

الخامسة : سفره إلى مسافة قصر .

السادسة : حبسه ، بحيث لا يصل إليه ، إلا السجان .

السابعة ، والثامنة : تواريه ، وتعززه .

التاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة : إذا أراد نكاحها لنفسه ، أوطفله العاقل ، أو ولد ولده ، وهو غير مجبر ، فإنه يقبل فى الصور الثلاث ، ولا يتولى الطرفين .

الثانية عشرة : أمة المحجور ، حيث لا أب له ، ولا جد .

الثالثة عشرة : المجنونة البالغة ، حيث لا أب لها ولا جد .

الرابعة عشرة : أمة الرشيدة ، التى لاولى لها .

الخامسة عشرة : أمة بيت المال .

السادسة عشرة : الأمة الموقوفة .

السابعة عشرة إلى العشرين : مستولدة الكافر ، ومدبرته ، ومكاتبته ، ومن علق عتقها بصفة ، إذا كن مسلمات .

وقد ألفت فى هذه الصور كراسة : سميتها « الزهر الباسم ، فيما يزوج فيه الحاكم » .

باب محرمات النكاح

ضابط : يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، إلا أربعة .

أم مرضعة ولدك وبنتها ومرضعة أخيك وحفيدك .

وقد نظم بعضهم فى قوله .

أربع فى الرضاع ، هن حلال   وإذا مانسبتهن حرام
جدة ابن ، وأخته ، ثم أم   لأخيه ، وحافد ، والسلام

وزاد فى التعجيز : أم العم وأم الخال وأخا الابن .

وصورته : فى امرأة لها ابن ارتضع من أجنبية ، لها ابن ، فذاك الابن أخو ابن المرأة المذكورة ، ولايحرم عليها أن تتزوج به ، وهو أخو ابنها .

وقد ذيلت على البيتين . فقلت :

وأخو ابن ، وأم عم ، وخال   زاده بعدها إمام همام

باب الخيار

ضابط : العيوب الموجبة للفسخ فى النكاح إذا علمت بها المرأة قبل النكاح ، فلا خيار لها. إلا العنة على الأصح .

باب الصداق

قاعدة : يجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، إلا فى أربع صور .

المجبورة والرشيدة إذا لم تفوض ، والوكيل عن الولى حيث لاتفويض والزوج المحجور إذا اتفقوا على مسمى أقل من مهر مثل الزوجة .

قاعدة : لايفسد النكاح بفساد الصداق ، إلا فى صورتين .

نكاح الشغار ، وإذا تزوج العبد بحرة ، على أن تكون رقبته صداقها بإذن السيد .

باب القسم

قاعدة : قال البلقينى : كل من استحقت النفقة من زوجة غير رجعية ، استحقت القسم ، إلا الواهبة ومن تخلفت لمرض ، وقد سافر لجميع نسائه والمجنونة التى يخاف منها لاقسم لها ، وإذا لم يظهر منها نشوز ولا امتناع ، فالنفقة واجبة ، قلته تخريجا انتهى .

باب الطلاق

ضابط : قال فى الرونق ، واللباب : كل من علق الطلاق بصفة ، لم يقع دون وجودها ، إلا فى خمس مسائل

الأولى : إذا قال لها إذا رأيت الهلال فأنت طالق تطلق برؤية غيرها له .

الثانية : أنت طالق رضا فلان .

الثالثة : أنت طالق أمس .

الرابعة : أنت طالق للسنة والبدعة .

الخامسة : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة ؛ تطلق فى الحال فى الأربعة .

ضابط : لايقع الطلاق على أختين معا ، إلا فى الشرك إذا نكح أختين وطلقهما فى الكفر ثلاثا ثلاثا ، فإنه ينفذ ، فلو أسلم لم ينكح واحدة إلا بمحلل .

وزاد البلقينى أخرى تخريجا .

وهى : مالو طلق زوجته رجعيا فعاشرها ، فإن العدة لاتنقضى ولايراجع بعدمضى قدرها ويلحقها الطلاق وله نكاح أختها .

وحينئذ : يمكن إيقاع الطلاق عليهما معا .

باب الإيلاء

ضابط : قال البلقيني : لا يوقف الإيلاء إلا في مواضع :

منها: إذا آلى من صغيرة لايمكن وطؤها ، فإنه يوقف حتى يمكن ، فتضرب له المدة .

ومنها : إيلاء المرتدة في زمن العدة .

قلت : وإيلاء المطلق من الرجعية موقوف على الرجعة .

باب الظهار

ضابط : ليس لنا امرأة يصح ظهارها ولا تصح رجعتها إلا ثلاث .

الأولى : المبهمة في إحداكما طالق : لا تصح رجعتها مع الإبهام ويصح ظهارها .

الثانية ، والثالثة : المحرمة والبائن الحامل من الزنا ، لا تصح رجعتهما على رأى ضعيف فيهما ، ويصح ظهارهما قطعا .

باب اللعان

ضابط : اللعان لا يكون إلا واجبا ، أوحراما .

فالأول : لنفي النسب ، ودفع حد القذف .

والثاني : الكاذب .

والقذف : يكون واجبا وحراما وجائزا .

وينفرد اللعان للنسب بكونه على الفور إلا في موضعين .

الحمل له التأخير إلى وضعه ، وماإذا احتاج إلى قذف ، فإنه يؤخره عنه .

وكل لعان غير ذلك ، لا فور فيه .

ضابط: ليس لنا امرأة تلحق بالمطلقة ثلاثا ، في تحريمها قبل زوج وحلها بعده ، إلا الملاعنة على وجه ضعيف .

ضابط : ليس لنا مجهول لا يستلحقه إلا واحد معين غير المنفي باللعان عن فراش نكاح صحيح لا يستلحقه إلا نافيه .

باب العدد

ضابط

العدة أقسام :

الأول : معنى محض ، وهى عدة الحامل .

الثانى : تعبد محض وهى عدة المتوفى عنها زوجها ، ولم يدخل بها ، ومن وقع عليها الطلاق بيقين براءة الرحم ، وموطوءة الصبى الذى لايولد لمثله ، والصغيرة التى لاتحبل قطعا .

الثالث : مافيه الأمران ، والمعنى أغلب وهى عدة الموطوءة التى يمكن حبلها ممن يولد لمثله ، سواء كانت ذات أقراء أو أشهر . فإن معنى براءة الرحم أغلب من التعبد بالعدد المعتبر .

الرابع : مافيه الأمران ، والتعبد أغلب وهى ، عدة الوفاة للمدخول بها التى يمكن حملها وتمضى أقراؤها فى أثناء الأشهر ، فإن العدد الخاص أغلب فى التعبد .

قاعدة: كل فرقة : من طلاق أو فسخ بعد الوطء ، ولو فى الدبر ، أو استدخال الماء المحترم توجب العدة إلا فى موضعين .

أحدها : الحربية إذا سبيت وزوجها حربى لايلزمها العدة بل الاستبراء ، فإن كان زوجها مسلما ، فقال البلقينى يظهر من كلامهم فى السير وجوب العدة لحرمة ماء المسلم .

قال : والأرجح عندى ، الاستبراء بحيضة لعموم الأخبار فى استبراء المسبيات .

قال : أوذميا رتب على ماسبق وأولى فى الاكتفاء بحيضة .

الثانى : الرضيع مثلا ، إذا استدخلت زوجته ذكره ثم فسخ النكاح فلا عدة .

ضابط : كل من انقضت عدتها بالأقراء ، فلا تبطل إلا إذا ظهر حملها من غير زنا . والمتحيرة إذا زال تحيرها بعد انقضاء عدتها فظهر أنه بقى عليها بقية تكملها ، أو بالأشهر فكذلك إلا بالحمل المذكور وبوجود الحيض فى الآيسة ، على مارجحه جماعة .

ضابط : لاتنقضى العدة بالأقراء أو الأشهر مع وجود الحمل إلا فى حمل الزنا وفيما لو أحبل خلية بشبهة ثم نكحها ووطأها وطلقها فلا تداخل . فتعتد بعد وضعه للفراق .

فلو رأت الدم وجعلناه حيضا : انقضت به عدة الفراق على الأصح وكذا بالأشهر .

قاله البلقينى .

فائدة : لايعتبر فى العدة أقصى الأجلين ، إلافيا إذا طلق إحدىنسائه ومات قبلالبيان، أو أسلم على أكثر من أربع ، ومات قبل الاختيار ، أو مات زوج أم الولد ، وسيدها ، ولم يدر السابق .

ضابط : ليس لنا حرة تعتد بقرءين ، إلا الموطوءة بشبهة على ظن أنها زوجته الأمة ، ولاأمة تعتد بثلاثة أقراء ، إلا الموطوءة بشبهة على ظن أنها زوجته الحرة فى الأصح .

ضابط : ليس لنا امرأة تعتد للطلاق ونحوه بثلاثة قروء ، وللموت بشهرين وخمسةأيام، إلا اللقيطة التى تزوجت ثم أقرت بالرق ، فإن أولادها قبل الإقرار أحرار وبعده أرقاء وتعتد بثلاثة قروء للطلاق ونحوه ، وللوفاة بشهرين وخمسة أيام . لأنعدة الوفاة لاتتوقف على الوطء، فلم يؤثر ظن الحرية فى زيادتها ، وتسلم ليلا ونهارا كالحرة ، ويسافر بها بغير إذن مالكها .

وقد ألغز بعضهم فى ذلك ، فقال :

سل الحبر عن حر تزوج حرة ... حصانا تريك الشمس من طلعة البدر
بتولية القاضى ، على مهر مثلها ... ومن طلب الحسناء لم تغل بالمهر
فأولدها حرا ، وعبدا ، وحرة ... على نسق فى عقدها السابق الذكر
على أنه ذو الطول ، واليسر ، والغنى ... وللموت خير من حياة على فقر
وعدتها ، لو طلقت وهى حامل : ... ثلاثة أقرا ، عدة الكامل الحر
على أنه لو مات عنها تفجعت ... بخمسة أيام وشهر إلى شهر
وقيل : بقرء واحد ، وهى حيضة ... وذلك من ذات الترقق تستبرى
نعم : وله تسليمها دون حرفة ... نهارا وليلا ، باتفاق أولى الأمر
ويوطئها شرق البـــلاد وغربها ... بلا إذن مولى نافذ النهى والأمر
ولا عجب إن أعوز الحبر أمرها ... فإن خفايا الشرع تنبو عن الحصر

وللشيخ نجم الدين الباذرائى فيها أيضا :

أيا فقهاء العصر ، هل من مخبر ... عن امرأة حلت لصاحبها عقدا ؟
إذا طلقت بعد الدخول تربصت ... ثلاثة أقراء حددن لها حدا
وإن مات عنها زوجها فاعتدادها ... بقرء من الأقراء ، تأتى به فردا

فأجابه تاج الدين بن يونس .

وكنا عهدنا النجم يهدى بنوره　　فما باله قد أبهم العلم الفردا ؟
سألت ، خذ عنى . فتلك لقيطة　　أقرت برق ، بعد أن نكحت عمدا

باب الرضاع

قال فى التلخيص : الرضاع أقسام :

أحدها : مالا يحرم ، لا على الرجل ولا على المرأة ، وهو لبن الرجل والخنثى والميتة ، والمرضع به من له حولان

الثانى : مايحرم على المرأة دون الرجل ، وذلك لبن الزنا والبكر والثيب التى لم تتزوج واللاعنة والمزوجة غير المدخول بها .

الثالث : مايحرم على الرجل دون المرأة وهو ما لو رضع من خمس أخوات ، أو بنات لرجل خمس رضعات حرم عليه دونهن .

الرابع : ما يحرم عليهما ؛ وهو واضح .

باب النفقات

قاعدة: البائن الحامل لها نفقة بنص القرآن ، وهل هى للحمل لأنها تجب بوجوده ، وتسقط بعدمه ، أو لها بسببه ، لأنها تجب على الموسر وغيره ؟ قولان . أصحهما الثانى .

ويتخرج على القولين اثنان وثلاثون فرعا

الأول : أنها تجب على العبد ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثانى : تسقط بمضى الزمان ، إن قلنا لها وإلا فلا .

الثالث : المعتدة عن فسخ منها أو بسببها . إن قلنا له ، وجبت وإلا فلا .

الرابع : لاعنها ونفى الحمل ثم أكذب نفسه . إن قلنا لها أخذت عما مضى وإلا فلا .

الخامس : المعتدة عن وطء نكاح فاسد أوشبهة . إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

السادس : طلقها ناشزة . إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

السابع : نشزت بعد الطلاق ، إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثامن : ارتدت بعد الطلاق كذلك .

التاسع : يصح ضمان النفقة . إن قلنا لها ، وإلا فلا .

العاشر : أعسر بها . استقرت في ذمته ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الحادى عشر : هى مقدرة ، إن قلنا لها وإلافلا .

الثانى عشر : كان الزوج حرا وهى أمة ، والولد حر وقلنا لانفقة للأمة الحامل إذاطلقت.
إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثالث عشر : كان الحمل رقيقا برق الأم . إن قلنا لها ، وجبت وإلا فلا لأن نفقة الولد الرقيق على مالكه ، لاعلى أبيه .

الرابع عشر : مات الزوج قبـــل وضعه . إن قلنا له سقطت ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإلا فوجهان .

الخامس عشر : مات الزوج عن تركة ، فإن قلنا له ، وجبت فى حصته من التركة ، وإلافلا.

السادس عشر : لم يخلف مالا وخلف أبا ، وجبت عليه . إن قلنا له ، وإلا فلا .

السابع عشر : أبرأت الزوج منها ، صح إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثامن عشر : أعتق أم ولده الحامل منه ، فإن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

التاسع عشر : عجل لها النفقة بغير أمر الحاكم .

العشرون : تصرف إليها من الزكاة . إن قلنا له ، وإلا فلا .

الحادى والعشرون : سافرت بإذنه لغرضه ، إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثانى والعشرون : أحرمت بإذنه كذلك .

الثالث والعشرون : يجوز الاعتياض عنها . إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الرابع والعشرون : أسلم قبلها وجبت . إن قلنا له ، وإلا فلا .

الخامس والعشرون : سلم إليها نفقة يوم ، فخرج الولد ميتا فى أوله . استرد ، إن قلناله ، وإلا فلا .

السادس والعشرون : عليه فطرتها ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

السابع والعشرون : تملك النفقة بالتسليم ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثامن والعشرون : أتلفها متلف بعد تسلمها ؛ لها البدل . إن قلنا له ، وإلا فلا .

التاسع والعشرون : قدر المعسر على الاكتساب . وجب إن قلنا له ، وإلا فلا .

الثلاثون : حمل الأمة من رقيق فى صلب النـكاح ، فالنفقة على سيدها . إن قلنا له . وإلا على العبد بحق النـكاح ، والصورة السابقة صورتها فى المبتوتة .

الحادى والثلاثون : نشزت فى النـكاح ، وهى حامل : سقطت نفقتها . إن قلنا لها وإلا فلا.

الثانى والثلاثون : اختلفت المبتوتة والزوج فى وقت الوضع ، فقالت : وضعت اليوم ، وطالبته بنفقة شهر ، وقال : بل وضعت من شهر ، فالقول قولها ، وعليه البينة لأن الأصل عدم الولادة وبقاء النفقة ، ولأنها أعرف بوقت الولادة . قال الرافعى وهذا ظاهر على قولنا إن النفقة للحامل . فإن قلنا للحمل : لم نطالبه لسقوطها بمضى الزمان .

باب الحضانة

ضابط : قال المحاملى : الأم أولى بالحضانة ، إلا فى صور :

إذا امتنع كل من الأبوين من كفالته ، فإنه يلزم به الأب . وإذا كان الأب حرا أومسلما، أو مأمونا ، وهى بخلاف ذلك ، أو يريد سفر نقلة ، أو تزوجت .

زاد غيره : أو إذا كانت الأم مجنونة ، أو لالبن لها ،أو امتنعت من إرضاعه ، أو عمياء . كما بحثه ابن الرفعة ، أو بها برص ، أو جذام . كما أفتى به جماعة .

ضابط : إذا اجتمعت نساء القرابات ، فنساء الأم أولى ، إلا فى صورة واحدة :

وهى : إذا اجتمعت الأخت للأب ، والأخت للأم ، فإن الأخت للأب أولى ، على الجديد.

التاسع : يصح ضمان النفقة . إن قلنا لها ، وإلا فلا .

العاشر : أعسر بها . استقرت فى ذمته ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الحادى عشر : هى مقدرة ، إن قلنا لها وإلا فلا .

الثانى عشر : كان الزوج حرا وهى أمة ، والولد حر وقلنا لا نفقة للأمة الحامل إذا طلقت . إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثالث عشر : كان الحمل رقيقا برق الأم . إن قلنا لها ، وجبت وإلا فلا لأن نفقة الولد الرقيق على مالكه ، لا على أبيه .

الرابع عشر : مات الزوج قبل وضعه . إن قلنا له سقطت ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإلا فوجهان .

الخامس عشر : مات الزوج عن تركة ، فإن قلنا له ، وجبت فى حصته من التركة ، وإلا فلا .

السادس عشر : لم يخلف مالا وخلف أبا ، وجبت عليه . إن قلنا له ، وإلا فلا .

السابع عشر : أبرأت الزوج منها ، صح إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثامن عشر : أعتق أم ولده الحامل منه ، فإن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

التاسع عشر : تعجل لها النفقة بغير أمر الحاكم .

العشرون : تصرف إليها من الزكاة . إن قلنا له ، وإلا فلا .

الحادى والعشرون : سافرت بإذنه لغرضه ، إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثانى والعشرون : أحرمت بإذنه كذلك .

الثالث والعشرون : يجوز الاعتياض عنها . إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الرابع والعشرون : أسلم قبلها وجبت . إن قلنا له ، وإلا فلا .

الخامس والعشرون : سلم إليها نفقة يوم ، فخرج الولد ميتا فى أوله . استرد ، إن قلنا له ، وإلا فلا .

السادس والعشرون : عليه فطرتها ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

السابع والعشرون : تملك النفقة بالتسليم ، إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثامن والعشرون : أتلفها متلف بعد تسلمها ؛ لها البدل . إن قلنا له ، وإلا فلا .

التاسع والعشرون : قدر المعسر على الاكتساب . وجب إن قلنا له ، وإلا فلا .

الثلاثون : حمل الأمة من رقيق فى صلب النكاح ، فالنفقة على سيدها . إن قلنا له . وإلا على العبد بحق النكاح ، والصورة السابقة صورتها فى المبتوتة .

الحادى والثلاثون : نشزت فى النكاح ، وهى حامل : سقطت نفقتها . إن قلنا لها وإلا فلا.

الثانى والثلاثون : اختلفت المبتوتة والزوج فى وقت الوضع ، فقالت : وضعت اليوم ، وطالبته بنفقة شهر ، وقال : بل وضعت من شهر ، فالقول قولها ، وعليه البينة لأن الأصل عدم الولادة وبقاء النفقة ، ولأنها أعرف بوقت الولادة . قال الرافعى وهذا ظاهر على قولنا إن النفقة للحامل . فإن قلنا للحمل : لم نطالبه لسقوطها بمضى الزمان .

باب الحضانة

ضابط : قال المحاملى : الأم أولى بالحضانة ، إلا فى صور :

إذا امتنع كل من الأبوين من كفالته ، فإنه يلزم به الأب . وإذا كان الأب حرا أو مسلما، أو مأمونا ، وهى بخلاف ذلك ، أو يريد سفر نقلة ، أو تزوجت .

زاد غيره : أو إذا كانت الأم مجنونة ، أو لا لبن لها ، أو امتنعت من إرضاعه ، أو عمياء . كما بحثه ابن الرفعة ، أو بها برص ، أو جذام . كما أفتى به جماعة .

ضابط : إذا اجتمعت نساء القرابات ، فنساء الأم أولى ، إلا فى صورة واحدة :

وهى : إذا اجتمعت الأخت للأب ، والأخت للأم ، فإن الأخت للأب أولى ، على الجديد.

كتاب القصاص

ضابط

القتل أربعة أقسام

أحدها : ما يوجب القصاص ، والدية ، والكفارة ، وهو القتل العمد العدوان المكافئ ، ولا مانع .

الثاني : مالا يوجب واحدا منها ، وهو قتل المرتد ، والزانى المحصن ، ونحوهما .

الثالث : ما يوجب الدية والكفارة ، دون القصاص ، وهو الخطأ ، وشبه العمد ، وبعض أنواع العمد .

الرابع : ما يوجب القصاص والكفارة ، دون الدية . وهو : ما إذا وجب لرجل على آخر قصاص فى النفس لقتل مورثه ، فجنى المقتص على القاتل فقطع يديه ، فإنه ليس له بعد ذلك الدية لو عفا ، ولو أراد القصاص ، فله .

ضابط : قال فى التلخيص : كل عاقل بالغ قتل عمدا ، وجب القود إذا كانا متكافئين ، إلا فى الأصول ، وإذا ورث القاتل بعض قصاص المقتول

قاعدة : قال فى الرونق : لا يجب القصاص بغير مباشرة ، إلا فى المكره ، والشهود إذا رجعوا .

فائدة : المقاتل : الدماغ ؛ والعين ؛ وأصل الأذن ، والحلق ، ونقرة النحر ، والأخدع ، والخاصرة ، والإحليل ، والأنثيين ، والمثانة ، والعجان ، والصدر ، والبطن ؛ والضرع والقلب .

قاعدة : يعتبر فى القصاص : التساوى بين الجانى والمجنى عليه ، فى الطرفين ، والواسطة . حتى لو تخللت حالة ، لم يكن المقتول فيها كفؤا للقاتل ، لم يجب القود لأنه مما يدرأ بالشبهة .

ونظيره فى ذلك حل الأكل ، يشترط فيه كون رامى الصيد مما تحل ذبيحته فى الطرفين والواسطة ؛ لأن الأصل فى الميتات الحرمة .

وكذا فى تحمل العاقلة يعتبر الطرفان ، والواسطة : لأنها مؤاخذة بجناية الغير ، فهى معدولة عن القياس ، فاحتيط فيها . كما يحتاط فى القود .

وأما الدية : فيعتبر فيها حال الموت ، لأنها بدل متلف . فيعتبر بوقت التلف .

قاعدة : من قتل بشخص قطع به ، ومن فلا .

واستثنى فى الشرح الصغير من الأول :

اليد الشلاء مثلا . فإن صاحبها يقتل قاتله ، ولا يقطع ، لأن شرطها أن يكون نصفا من صاحبها ، وليس الشلاء كذلك .

واستثنى البلقينى من الثانى : ما إذا جنى المكاتب على عبده فى الطرف ، فله القصاص منه كما نص عليه فى الأم . سواء تكاتب عليه أم لا ، مع أنه لا يقتل به ، على الأصح .

قال : ولم أر من تعرض لاستثنائها .

قاعدة : ماله مفصل ، أو حد مضبوط من الأعضاء ؛ جرى فيه القصاص ، ومالا فلا .

فمن الأول : اليدان ، والرجلان من الكوع ، والكعب ، والمرفق ، والركبة ، والمنكب ، والفخذ ، وأنامل الأصابع

ومن المضبوط : العين ، والجفن ، والمارن ، والأذن ، والذكر ، والأنثيان ، والأليان ، والشفران ، والشفة ، واللسان ، وقلع السن .

ويراجع أهل الخبرة فى سل الأنثيين . أو إحداها ، ودقهما .

ومن الثانى : كسر العظام ، ودق الأنثيين ، فيما بحثه الرافعى ، واللطمة ، والضربة .

باب استيفاء القصاص

قال الماوردى : يعتبر فى استيفاء القصاص عشرة أشياء :

أحدها : حضور الحاكم ، أو نائبه .

ثانيها : حضور شاهدين .

ثالثها : حضور الأعوان . فربما يحتاج إلى الكتف .

رابعها : يؤمر المقتص منه بقضاء ما عليه من الصلاة

خامسها : يؤمر بالوصية فيما له وعليه .

سادسها : يؤمر بالتوبة من ذنوبه .

سابعها : يساق إلى موضع القصاص برفق ، ولا يشتم .

ثامنها : تشد عورته بشداد ، حتى لا تظهر .

تاسعها تسد عينه بعصابة ، حتى لا يرى القتل .

عاشرها : يمد عنقه ويضرب بسيف صارم . لا كال ، ولا مسموم .

قاعدة : لا يستوفى القصاص إلا بإذن الإمام .

واستثنى صور :

الأولى : السيد يقيم على عبده القصاص كما هو مقتضى تصحيح الشيخين أنه يقيم عليه حد السرقة والمحاربة ، فإن جماعة أجروا الخلاف المذكور فى القتل ، والقطع قصاصا .

الثانية : قال ابن عبد السلام فى قواعده : لو انفرد ، بحيث لا يرى ، ينبغى أن يمنع منه لاسيا إذا عجز عن إثباته ، ويوافقه قول الماوردى إن من وجب له حد قذف ، أو تعزير ، وكان بعيدا عن السلطان له استيفاؤه إذا قدر عليه بنفسه .

الثالثة : قال فى الخادم القاتل فى الحرابة لكل من الإمام والولى الأمر بقتله ، دون مراجعة الآخر . صرح به الماوردى .

قاعدة

من قتل بشىء قتل بمثله

ويستثنى منها صور يتعين فيها السيف .

الأولى : إذا أوجره خمرا ، حتى مات .

الثانية : إذا قتله باللواط ، وهو ممن يقتله غالبا .

الثالثة : إذا قتله بسحر .

الرابعة : إذا شهدوا بزنا محصن فرجم ، ثم رجعوا ، على وجه . صوبه فى المهمات .

الخامسة : إذا أنهشه أفعى ، أوحبسه مع سبع فى مضيق . فهل يتعين السيف ، أو يقتل بمثل مافعل ؟ وجهان . حكاهما الماوردى ، ونقله ابن الرفعة ، والقمولى بلا ترجيح .

وقضية كلام الأذرعى : ترجيح الثانى .

الصور

التى يثبت فيها القصاص ، دون الدية لو عفا

منها : المرتد . إذا قتل المرتد فيه القصاص ، ولو عفا ، فلا دية .

ضابط : من استحق القصاص ، فعفا عنه على مال فهو له ، إلا فى صورة .

وهى . ما لو جنى على عبد ، فأعتقه السيد ، ثم مات بالسراية ، وله ورثة غير المعتق وأرش الجناية مثل الدية ، أو أكثر . فإن للورثة القصاص ، ولو عفوا على مال . كان للسيد . لأن أرش الجناية التى وقعت فى ملكه له .

باب الديات

هى أنواع

الأول : مايجب فيه دية كاملة ، وذلك النفس ، واللسان ، والكلام ، والصوت ، والذوق والمضغ والعقل والسمع والبصر والشم ، والحشفة والجماع والإحبال والإمناء ، والإفضاء والبطش والمشى ، وسلخ الجلد واللحم الناتىء على الظهر ، على مافى التنبيه ، وفسره ابن الرفعة بالسلسلة وقال إنه لاذكر لذلك فى الكتب المشهورة .

قال الأذرعى : ولا فى المهذب وهى غريبة جدا قال: نعم ذكرها الجرجانى فى الشافى والتحرير تبعا للتنبيه ، وأقره المستدركون . قال والظاهر خلافه .

وزاد الإمام : لذة الطعام فهذه عشرون .

الثانى : مايجب فيه نصف الدية ، وذلك فى كل عضو فى البدن ، منه اثنان وتكمل الدية فيهما ، وذلك عشرة .

اليد والرجل ، والأذن والعين ، والشفة واللحى ، والحلمة والألية ، وأحد الأنثيين ، والشفرين .

الثالث : مايجب فيه الثلث ، وذلك أربعة .

إحدى طبقات الأنف ، والآمة والدامغة والجائفة .

الرابع : مايجب فيه الربع ، وهو الجفن خاصة .

الخامس : مايجب فيه العشر ، وهو الأصبع .

السادس : مايجب فيه نصف العشر ، وهو خمسة :

أنملة الإبهام والسن ، وموضحة الرأس أو الوجه ، والهشم كذلك والنقل .

السابع : ما يجب فيه عشر العشر ، وهو كسر الضلع والترقوة فى القديم .

ضابط : من كتابى الخلاصة: لايسقط القصاص ، كالضمان بالعود فى الجرم ، بل المعانى .

باب العاقلة

قاعدة : كل من جنى جناية ، فهو المطالب بها ، ولا يطالب بها غيره ، إلا فى صورتين .

العاقلة : تحمل دية الخطأ ، وشبه العمد ، والصبى المحرم إذا قتل صيدا ، أو ارتكب موجب كفارة ، فالجزاء على الولى ، لا فى ماله .

كتاب الردة

قال النووى فى تهذيبه : الكفر أربعة أنواع .

كفر إنكار ، وكفر جحود ، وكفر عناد ، وكفر نفاق .

من أتى الله بواحد منها لا يغفر له ، ولا يخرج من النار .

قاعدة : قال الشافعى : لا يكفر أحد من أهل القبلة .

واستثنى من ذلك :

المجسم ، ومنكر علم الجزئيات .

وقال بعضهم : المبتدعة أقسام .

الأول : ما نكفره قطعا ، كقاذف عائشة رضى الله عنها ، ومنكر علم الجزئيات ، وحشر الأجساد ، والمجسمة ، والقائل بقدم العالم .

الثانى : ما لا نكفره قطعا ، كالقائل بتفضيل الملائكة على الأنبياء ، وعلى على أبى بكر .

الثالث : والرابع : ما فيه خلاف ، والأصح التكفير ، أو عدمه ، كالقائل بخلق القرآن . صحح البلقينى التكفير ، والأكثرون عدمه . وساب الشيخين ، صحح المحاملى التكفير ، والأكثرون عدمه .

ضابط : منكر المجمع عليه أقسام .

أحدها : ما نكفره قطعا ، وهو ما فيه نص ، وعلم من الدين بالضرورة ، بأن كان من أمور الإسلام الظاهرة ، التى يشترك فى معرفتها الخواص والعوام . كالصلاة ، والزكاة والصوم ، والحج ، وتحريم الزنا ، ونحوه .

الثانى : ما لا نكفره قطعا ، وهو ما لا يعرفه إلا الخواص ، ولا نص فيه كفساد الحج بالجماع قبل الوقوف .

الثالث : ما يكفر به على الأصح ، وهو المشهور المنصوص عليه ، الذى لم يبلغ رتبة الضرورة ، كحل البيع ، وكذا غير المنصوص . على ما صححه النووى .

الرابع : ما لا على الأصح ، وهو ما فيه نص . لكنه خفى ، غير مشهور ، كاستحقاق بنت الابن السدس ، مع بنت الصلب .

ضابط : كل من صح إسلامه ، صحت ردته جزما ، إلا الصبي المميز ، إسلامه صحيح على وجه مرجح ، ولا تصح ردته .

قاعدة : ما كان تركه كفرا ، ففعله إيمان ، وما لا فلا .

باب التعزير

قاعدة : من أتى معصية لاحد فيها ولا كفارة ، عزر . أو فيها أحدهما ، فلا .

ويستثنى من الأول صور .

الأولى : ذوو الهيئات في عثراتهم . نص عليه الشافعي للحديث .

وحكى الماوردي في ذوي الهيئات وجهين .

أحدهما : أنهم أصحاب الصغائر . دون الكبائر .

والثاني : أنهم الذين إذا أتوا الذنب ندموا عليه ، وتابوا منه .

ونص الشافعي على أنهم الذين لا يعرفون بالشر .

الثانية : الأصل لايعزر بحق الفرع ، كما لايحد بقذفه ، وإن لم يسقط حق الإمام من ذلك . صرح به الماوردي .

الثالثة : إذا وطئ حليلته في دبرها لايعزر أول مرة ، بل ينهى ، وإن عاد عزر .

نص عليه في المختصر ، وصرح به جماعة .

الرابعة : إذا رأى من يزني بزوجته ، وهو محصن . فقتله في تلك الحالة ، فلا تعزير عليه وإن افتات على الإمام لأجل الحمية ، والغيظ ، حكاه ابن الرفعة عن ابن داود .

ونقل الماوردي ، والخطابي عن الشافعي أنه يحل له قتله باطنا ، وإن كان يقاد به في الظاهر .

الخامسة : إذا نظر إلى بيت غيره ، ولم يرتدع بالرمي ، ضربه صاحب البيت بالسلاح ونال منه ماردعه .

قال الرافعي عن النص : ولو لم ينل منه صاحب الدار عاقبه السلطان ، هذا لفظه ومقتضاه عدم التعزير إذا نال منه ، وكأنه حد هذه المعصية .

وقد يقال : هذا نوع تعزير ، شرع لصاحب المنزل ، وإن لم يستوفه ، فللإمام استيفاؤه .

السادسة : إذا دخل واحد من أهل القوة إلى الحمى الذي حماه الإمام للضعفة ، ونحوهم

فرعي منه . قال القاضي أبو حامد : لاتعزير عليه ولاغرم . وإن كان عاصيا . كذا في المهمات.

وكلام أبي حامد في زيادة الروضة : ليس فيه تعزير وإن كان عاصيا .

وقال البلقيني : ليس هذا بعاص ، وإنما فعل مكروها ، ولا تعزير فيه .

السابعة : إذا ارتد، ثم أسلم . فإنه لا يعزر أول مرة . نقل ابن المنذر الاتفاق عليه .

الثامنة : إذا كلف السيد عبده مالا يطيق : لا يعزر أول مرة ، بل يقال له : لاتعد . فإن عاد عزر . ذكره الرافعي .

التاسعة : إذا طلبت الزوجة نفقتها بطلوع الفجر . قال في النهاية : الذي أراه أن الزوج إن قدر على إجابتها ، فهو حتم ولايجوز تأخيره ، وإن كان لايحبس ولايوكل به ، ولكن يعصي بمنعه.

العاشرة : إذا عرض أهل البغي بسب الإمام : لم يعزروا على الأصح ، من زوائد الروضة، لأنه ربما كان مهيجا لما عندهم ، فينفتح بسببه باب القتال .

ويستثنى من الثاني صور :

الأول : الجماع في رمضان : فيه التعزير ، مع الكفارة . حكى البغوي في شرح السنة الإجماع عليه . وفي شرح المسند للرافعي مايقتضيه ، وجزم به ابن يونس في شرح التعجيز .

وقال البلقيني : ما ادعاه البغوي غير صحيح . فإنه عليه السلام لم يعزر المجامع في نهار رمضان ولم يذكر ذلك أحد من الأئمة القدماء في خصوص المسألة ، فالصحيح أنه لايعزر . وجزم به ابن الرفعة في الكفاية .

الثانية : جماع الحائض : يعزر فاعله بلا خلاف ، مع أن فيه الكفارة ندبا أووجوبا .

الثالثة : المظاهر : يجب عليه التعزير مع الكفارة .

قلت: أفتى بذلك البلقيني ، وقد ظاهر في عصره ﷺ جماعة ، ولم يرد أنه عزر واحدا منهم.

الرابعة : إذا قتل من لا يقاد به : كابنه ، وعبده وجب عليه التعزير ، كما نص عليه في الأم مع الكفارة .

الخامسة : اليمين الغموس : فيها التعزير مع الكفارة .

تتمة : ويكون التعزير في غير معصية في صور :

منها : الصبي ، والمجنون : يعزران إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ ، وإن لم يكن فعلهما معصية نص عليه في الصبي ، وذكره القاضي حسين في المجنون .

ومنها : نفي المخنث . نص عليه الشافعي ، مع أنه لا معصية فيه ، إذا لم يقصده إنما فعل للمصلحة .

ومنها : قال الماوردي : يمنع المحتسب من يكتسب باللهو ، ويؤدب عليه الآخذ ، والمعطي وظاهره : يشمل اللهو المباح .

ومنها : قال البلقيني : حبس الحاكم من ثبت عليه الدين ، وادعى الإعسار . لا وجه له ، إلا أن يدعى أن هذا طريق في الظاهر بين الناس إلى خلاص الحقوق . فيفعل هذا عملا بأن الظاهر الملاءة .

باب الجهاد

قاعدة: قال الشيخ أبو حامد وغيره : لا يجوز للمسلم أن يدفع مالا إلى الكفار المحاربين ، إلا في صور :

إذا أحاط العدو بالمسلمين من كل جهة ، ولا طاقة لهم به .

وإذا كان في أيديهم أسرى من المسلمين افتداؤهم .

وإذا جاءت المرأة مسلمة في زمن الهدنة : وجب دفع مهر إلى زوجها ، في قول ضعيف .

باب القضاء

ضابط : قال الرافعي : قال العبادي : لا يحبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل . بل يوكل بهم ، ولا يحبس الوكيل ، ولا القيم . إلا في دين وجب بمعاملته .

قال شريح . ولا يحبس الكفيل إذا غاب المكفول ، حيث لا يجب عليه إحضاره ، ولا يحبس الممتنع من أداء الكفارات في الأصح ، لأنها تؤدى بغير المال . بخلاف الزكاة والعشور .

قاعدة: من حبسه القاضي : لا يجوز إطلاقه ، إلا برضى خصمه ، أو ثبوت فلسه .

وزيد عليه : أو يؤدي ما عليه من الحق .

واستشكل بأنه قد يتلف قبل وصوله إلى المستحق ، فيفوت حقه .

ولو ادعى شخص : أن له على مسجون حقا : جاز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى بغير إذن الذي حبس له .

باب الشهادات

قال الصدر موهوب الجزرى : يشهد بالسماع فى اثنين وعشرين موضعا :

النسب ، والموت ، والنكاح ، والولاية ، وولاية الوالى ، وعـــزله ، والرضاع ، وتضرر الزوجة ، والصدقات ، والأشربة القديمة ، والوقف ، والتعديل ، والتجريح لمن لم يدركه الشاهد ، والإسلام ، والكفر ، والرشد ، والسفه ، والحمل ، والولادة ، والوصايا ، والحرية ، والقسامة .

وزاد الماوردى : الغصب .

تنبيه : أفتى النووى بأن شرط الواقف لا يثبت بالاستفاضة ، وصرح به ابن سراقة .

وقال ابن الصلاح ، تفقها : الظاهر ثبوته ضمنا ، إذا شهد به مع أصل الوقف ؛ لااستقلالا ، وارتضاه الشيخ برهان الدين بن الفركاح .

وهل تجوز الشهادة برؤية الهلال ، اعتمادا على الاستفاضة ؟

قال السبكى : لم أرهم ذكروا ذلك ، ومال إلى خلافه .

قاعدة : كل ما شرط فى الشاهد ، فهو معتبر عند الأداء ، لا التحمل ، إلا فى النكاح .

ضابط : قال الإمام : قال الأئمة : الخبرة الباطنة تعتبر فى ثلاث :

الشهادة على الإعسار ، وعلى العدالة ، وعلى أن لاوارث له .

قاعدة : الشهادة على النفى : لا تقبل ، ، إلا فى ثلاثة مواضع :

أحدها : الشهادة على أن لا مال له ، وهى شهادة الإعسار .

الثانى : الشهادة على أن لا وارث له .

الثالث : أن يضيفه إلى وقت مخصوص ، كأن يدعى عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق فى وقت كذا ، فيشهد له بأنه مافعل ذلك فى هذا الوقت ، فإنها تقبل فى الأصح .

ضابط : قال ابن أبى الدم : لا تقبل الشهادة فى الحقوق المالية إلابشروط :

أحدها : تقدم الدعوى بالحق المشهود به .

الثانى : استدعاء المدعى أداءها من الشاهد .

الثالث : إصغاء الحاكم إليه واستماعها منه ، وهل يشترط إذنه فى الأداء ؟ فيه نظر ، وهو من الأدب الحسن .

الرابع : لفظة « أشهد » فلا يكفى غيرها كأعلم وأجزم وأتحقق على الصحيح . قال ومقابله وإن كان منقاسا من طريق المعنى ، لكنه بعيد من جهة المذهب لأن باب الشهادة مائل إلى التعبد ، فلا يدخل فيه القياس .

الخامس : الاقتصار على ما ادعاه المدعى ، فلو ادعى بألف فشهد بألفين ، لم تثبت الزيادة قطعا ، وفى ثبوت الألف المدعى بها خلاف ، تقدم فى تفريق الصفقة .

السادس : أن يؤدى كل شاهد ما تحمله مصرحا به حتى لو قال شاهد بعد أداء غيره ، وبذلك أشهد أو أشهد بمثل ما شهد به لم يسمع حتى يصرح بما تحمله ، صرح به الماوردى ، قال لأن هذا إخبار وليس بأداء .

قال ابن أبى الدم : وهو كلام حسن صحيح . قال وعندى أن قوله « أشهد بما وضعت به خطى » لا يسمع أيضا .

قلت : صرح بهذا الأخير ابن عبد السلام .

السابع : أن ينقل ما سمعه أو رآه إلى الحاكم . فلو شهد باستحقاق زيد كذا على عمرو لم يسمع .

المواضع التى يجب فيها ذكر السبب

منها : الإخبار أو الشهادة بنجاسة الماء ، وبالردة وبالجرح .

وقد أجابوا فيها بثلاثة أجوبة مختلفة ، مع أن مدركها واحد ؟ وهو اختلاف العلماء فى أسبابها .

فقالوا فى الماء : يجب بيان السبب من العامى والفقيه المخالف ويقبل الإطلاق من الفقيه الموافق .

وصححوا فى الردة قبول الإطلاق من الموافق وغيره .

وفى الجرح بيان السبب من الموافق وغيره ، واعتذر عن ذلك فى الجرح بأنه منوط باجتهاد الحاكم لا بعقيدة الشاهد ، فلابد من بيانه لينظر الحاكم أقادح هو أم لا ؟ .

وفى الردة بأنه إنما قبل الإطلاق فيها ، لأن الظاهر من العدل الاحتياط فى أمر الدم ، مع أن المشهود عليه قادر على التكذيب ، بأن ينطق بالشهادتين ، والمجروح لا يقدر على التكذيب .

تنبيه :صرح الماوردى والرويانى وغيرهما بأنه لو قال الشاهد: أنا مجروح، قبل قوله، وإن لم يفسر الجرح .

ومنها : الشهادة باستحقاق الشفعة ، يجب بيان سببها من شركة أو جوار بلا خلاف .

ومنها : الشهادة بأن هذا وارثه ، لايسمع بلا خلاف حتى يبين الجهة ، من أبوة أو بنوة أو غير ذلك لاختلاف المذاهب في توريث ذوى الأرحام ،

ومنها : لوشهدا بعقد بيع أو غيره من العقود ولم يبينا صورته ، فهل يسمع أو لابد من التفصيل؟ فيه خلاف .

ومنها : لوشهدا أنه ضربه بالسيف . فأوضح رأسه ، قال الجمهور يقبل ، وقال القاضى حسين ، لابد من التعرض لإيضاح العظم ، لأن الإيضاح ليس مخصوصا بذلك وتبعه عليه الإمام ، ثم تردد فيما إذا كان الشاهد فقيها وعلم الحاكم أنه لايطلق لفظ الموضحة إلا على مايوضح العظم .

ومنها : لوشهد بانتقال هذا الملك عن مالكه إلى زيد ، فالرأجح أنها لاتسمع إلا ببيان السبب ، وقيل لايحتاج إليه ، وقيل إن كان الشاهدان فقيهين موافقين لمذهب القاضى ، فلاحاجة إلى بيان السبب ، وإلا احتيج .

ومنها : إذا شهدا أن حا كما حكم بكذا ولم يعيناه فالصحيح القبول وقيل لابد من تعيينه لاحتمال أن يكون الحاكم عدوا للمحكوم عليه أوولدا للمحكوم له .

ومنها : إذا شهدا أن بينهما رضاعا محرما ، فالجمهور على أنه لابد من التفصيل ، واختار الإمام وطائفة عدمه ، وتوسط الرافعى ، فقال إن كان الشاهد فقيها موافقا قبل وإلا فلا .

ومنها : الشهادة بالإكراه ؛ لاتقبل إلا مفصلة ، وفصل الغزالى بين الفقيه الموافق وغيره .

ومنها : الشهادة بشرب الخمر . الأصح ، الاكتفاء بالإطلاق ؛ وقيل لابد من التعرض لكونه كان مختارا عالما بأنها خمر .

ومنها: لو باع عبدا ثم شهد اثنان أنه رجع ملكه إليه . قالوا لاتقبل مالم يبينا سبب الرجوع من إقالة ونحوها ، ويجىء فيه الخلاف السابق .

ومنها : الشهادة بالسرقة . يشترط فيها بيان كيف أخذ وهل أخذ من حرز ؟ وبيان الحرز ، وصاحب المال .

ومنها : الشهادة بأن نظر الوقف الفلانى لفلان ، فإنه يجب بيان سببه ولا يقبل مطلقة كما أفتى به ابن الصلاح ، كمسألة أنه وارثه .

ومنها : الشهادة ببراءة المدعى عليه من الدين المدعى به . قال الهروى لاتقبل مطلقة للاختلاف فى أسباب البراءة ، وخالفه العبادى .

ومنها : الشهادة بالرشد ، يشترط بيانه للاختلاف فيه .

ومنها : الشهادة بانقضاء العدة ، لاختلاف العلماء فيه .

ومنها : لو شهدت بأنه يوم البيع أو يوم الوصية مثلا ، كان زائل العقل اشترط تفصيل زواله، قاله الديلى .

ومنها : الشهادة بأن هذا مستحق هذا الوقف .

ومنها : الشهادة بأن فلانا طلق زوجته لاتقبل حتى يبين اللفظ الواقع من الزوج ، لأنه يختلف الحال بالصريح والكناية والتنجيز والتعليق ، قاله فى الأنوار .

ومنها : الشهادة بأنه بلغ بالسن ، لاتقبل حتى يبينوه لاختلاف العلماء فيه ، بخلاف ما لو لم يقل بالسن ، فإنها تسمع .

ومنها : الشهادة على الزنا ، لابد من بيان أنه رأى ذكره فى فرجها .

ومنها : الشهادة أن غدا من رمضان ، هل تقبل مطلقة أولا بد من التصريح برؤية الهلال؟ لاحتمال أن يكون مستنده الحساب .

المتجه : الثانى ، وصرح ابن أبى الدم وغيره بالأول .

ثم بعد أن اخترت الثانى بحثا رأيت السبكى قواه فى الحلبيات . فقال قوله « أشهد أن الليلة أول الشهر » ليس فيه التعرض للهلال أصلا ، فيحتمل أن يقال ، لاتقبل . لأن الشارع أناط بالرؤية أو استكمال العدد واستكمال العدد يرجع إلى رؤية شهر قبله فمتى لم يتعرض الشاهد فى شهادته إلى ذلك ينبغى أن لايقبل ، أو يجرى فيه الخلاف فيما إذا شهد الشاهد بالاستحقاق من غير بيان السبب ، ففيه خلاف ، لأن ذلك وظيفة الحاكم ووظيفة الشاهد الشهادة بالأسباب فقط .

قال : وهنا احتمال آخر زائد يوجب التوقف ، وهو احتمال أنه اعتمد الحساب ، كما ذكر ذلك أحد الوجهين ، فى جواز الصوم بحساب إذا دل على طلوع الهلال وإمكان رؤيته فلهذا يحتمل أن يقال لايقبل الحاكم شهادته حتى يستفسره ، ويحتمل أن يقال ، إن عدالته تمنعه من اعتماد الحساب ، ومن التوسط المانع من أداء الشهادة ومقتضى الحمل على أنه مارأى وإنما تواتر عنده الخبر برؤيته . قال ، وهذا هو الأظهر ، وجزم به ابن أبى الدم ، انتهى .

ومنها : قال السبكى ، إذا نقض الحاكم حكم أحد ، سئل عن مستنده ، وإنما لايلزم القاضى بيان السبب إذا لم يكن حكمه نقضا .

ومنها : لو مات عن ابنين مسلم ونصراني ، فقال كل مات على دينى وأقام كل بينة اشترط في بينة النصراني تفسير كلمة التنصر بما يختص به النصارى كالتثليث ، وهل يشترط في بينة المسلم تبيين مايقتضى الإسلام ؟ فيه وجهان لأنهم قد يتوهمون ماليس بإسلام إسلاما .

ومنها : إذا ادعى دارا في يد رجل ، وأقام بينة بملكها ، وأقام الداخل بينة أنها ملكه هل تسمع مطلقة ، أو لابد من استناد الملك إلى سبب ؟ الأصح الأول ، وترجح على بينة الخارج باليد .

ومنها : قال ابن أبي الدم ، شاع في لسان أئمة المذهب أن الشاهد إذا شهد باستحقاق زيد على عمرو درهما مثلا ، هل تسمع هذه الشهادة ؟ فيه وجهان. والمشهور فيما بينهم أنها لاتسمع . قال ، وهذا لم أظفر به منقولا مصرحا به هكذا ، غير أن الذى تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثهم ، أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته أن ينقل مايسمعه منها من إقرار وعقد تبايع أوغير ذلك أو ماشاهده من التفويض والإتلاف . فينقل ذلك إلى القاضى ، ثم وظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها . فالشاهد سفير ، والحاكم متصرف ، والأسباب الملزمة مختلف فيها ، فقد يظن الشاهد ماليس بملزم سببا للإلزام ، فكلف نقل ماسمع أو رأى ، والحاكم مجتهد في ذلك انتهى .

وقال في المطلب : جمع بعض الفقهاء المواضع التى لايقبل فيها الخبر إلامفصلافبلغت ثلاثة عشر أن الماء نجس ، وأن فلانا سفيه وأنه وارث فلان ، وأن بين هذين رضاعا وأنه يستحق النفقة ، والزنا والإقرار به ، والردة ، والجرح ، والإكراه ، والشهادة على الشهادة .

وزاد غيره : أنه قذفه وأن المقذوف محصن وأنه شفيع ، وأنها مطلقة ثلاثا .

وقال الشيخ عز الدين :

ضابط هذا كله : أن الدعوى ، والشهادة ، والرواية المترددة بين مايقبل وبين مالايقبل، لايجوز الاعتماد عليها ، إذ ليس حملها على مايقبل أولى من حملها على ما لايقبل ، والأصل عدم ثبوت المشهود به والمخبر عنه ، فلا يترك الأصل إلا بيقين ، أوظن يعتمد الشرع على مثله .

الشهادة على فعل النفس

فيه فروع :

منها : قول المرضعة أشهد أنى أرضعته وفى الاكتفاء بذلك وجهان . أصحهما القبول والثانى لا. لأنها شهادة على فعل النفس ، فلتقل إنه ارتضع منى .

ومنها : قول الحاكم بعد عزله أشهد أنى حكمت بكذا ، وفيه وجهان . الصحيح عدم القبول.

ومنها : القسام إذا قسموا ثم شهدوا لبعض الشركاء على بعض ، أنهم قسموا بينهم واستوفوا حقوقهم بالقسمة ، والصحيح عدم القبول أيضا .

ومنها : لو شهد الأب وآخر أنه زوج ابنته من رجل ، وهى تنكر . قال السبكى قياس المذهب أنها باطلة .

وقد فرق الأصحاب بين مسألة المرضعة ومسألة الحاكم والقاسم ، بأن فعل المرضعة غير مقصود، وإنما المقصود وصول اللبن إلى الجوف ، وأما الحاكم والقاسم ففعلهما مقصود ويزكيان أنفسهما، لأنه يشترط فيه عدالتهما .

قال السبكى : وزيادة أخرى فى شرح كون فعل الحاكم والقاسم مقصودا ، أنه إنشاء يحدث حكما لم يكن ، لأن حكم الحاكم إلزام ورفع الخلاف ، وقسمة القاسم تميز الحقين ، وهذه الأحكام حدثت من فعلهما من حيث هو فعلهما ، وأما فعل المرضعة فليس بإنشاء بل فعل محسوس ولم يترتب عليه حكم الرضاع من حيث هو فعلهما ، بل ولا يترتب عليه أصلا بل على ما بعده وهو وصول اللبن إلى الجوف حتى لو وصل بغير ذلك الطريق حصل المقصود .

فبان الفرق بين المرضعة والحاكم والقاسم .

قال : والذى يشبه فعل الحاكم والقاسم ، تزويج الأب فإنه إنشاء لعقد النكاح مترتب عليه. فإذا شهد به كان كشهادة الحاكم والقاسم سواء .

قال : وكذلك لو أن رجلا وكل وكيلا فى بيع داره ومضت مدة يمكن فيها البيع ، ثم عزله ثم شهد مع آخر أنه كان باعها من فلان قبل العزل . ينبغى أن يكون مثل الحاكم ولم أرها منقولة. وقد ذكر الأصحاب حكم إقراره ، ولم أرهم ذكروا حكم شهادته ، انتهى كلام السبكى .

ومنها : الشهادة على الزنا ، قال الهروى فى الأشراف يقول « أشهد أنى رأيت فلان بن فلان زنى بفلانة ، وغيب فرجه فى فرجها .

وقال الرافعى فى الجرح : يشترط التعرض لسبب رؤية الجرح أو سماعه ، فلا بد أن يقول « رأيته يزنى » و« سمعته يقذف » ومقتضى ذلك الاتفاق على قبول هذه الصيغة فى الجرح .

ومنها : قال ابن الرفعة فى الكفاية إذا تحمل الشهادة على الإقرار من غير استدعاء ولا حضور عنده قال فى شهادته « أشهد أنى سمعته يقر بكذا » ولا يقول « أقر عندى » .

قال السبكى : وهو فى الحاوى للماوردى . هكذا قال . ورأيته أيضا فى أدب القضاء للكرابيسى صاحب الشافعى .

ومنها : قال ابن أبى الدم يقول شاهد النكاح « حضرت العقد الجارى بين الزوج والزوج، وأشهد به » ومن الناس من يقول «أشهد أنى حضرت» واللفظ الأول أصوب ولا يبعد تصحيح الثانى ، وهو قريب من الخلاف فى المرضعة .

قال : ومثل هذا شهادة المرء برؤية الهلال أن يشهد أن هذه أول ليلة من رمضان فيكتفى به استنادا إلى رؤية الهلال ، وإن قال « أشهد أنى رأيت » ففيه النظر المتقدم .

قال السبكى : ويخرج منه أن فى «أشهد أنى رأيت الهلال» خلافا ، كالمرضعة . والصحيح القبول . قال ولسنا نوافقه على ذلك ، بل نقبل قطعا ، وليس كالمرضعة .

قال : وممن صرح بقبول « أشهد أنى رأيت الهلال » القاضى حسين ، والإمام ، والرافعى ، والهروى فى الأشراف ، وابن سراقة من متقدمى أصحابنا . قال ولا ريبة فى ذلك ، ولا أعلم أحدا من العلماء قال بأنه لا يقبل . وإنما هو بحث يجرى بين الفقهاء . وهو بين الفساد دليلا ونقلا .

قال : والسبب الذى أوجب لهم ذلك ظن أنه مثل مسألة المرضعة من جهة أنه أمر محسوس يترتب عليه حكم .

قال : وليس كذلك . ووجه الالتباس أن فعل المرضعة على الجملة ، فعل يترتب عليه أثر ، وأما رؤية الشاهد فليست فعلا ، وإنما هى إدراك ، والإدراك من نوع العلوم لا من نوع الأفعال . وتنصيص الشاهد عليها تحقيق لتيقنه وعلمه .

قال : وقد ذكر الأصحاب تعرض الشاهد للاستفاضة إذا كانت مستندة ، واختلفوا فى قبوله ولا يتوهم جريان ذلك هنا ، لما فى التعرض للاستفاضة من الإيذان بعدم التحقق عكس التعرض للرؤية فإنه يؤكد التحقيق . انتهى .

ضابط : لا تقبل شهادة التائب قبل الاستبراء ، إلا فى صور .

أحدها : شاهد الزنا إذا وجب عليه الحد لعدم تمام العدد وتاب ، يقبل فى الحال من غير استبراء على المذهب .

الثانى : قاذف غير المحصن .

الثالث : الصبى إذا فعل مايقتضى تفسيق البالغ . ثم تاب وبلغ تائبا لم يعتبر فيه الاستبراء .

الرابع : مخفى الفسق إذا تاب وأقر وسلم نفسه للحد . ذكره الماوردى والرويانى .

قال فى المهمات : وهو ظاهر . قال البلقينى وهو متجه .

الخامس : المرتد . ذكره الماوردى .

ومما لايحتاج فيه إلى الاستبراء فى غير الشهادة .

القاضى إذا تعين عليه القضاء ، وامتنع عصى . فلو أجاب بعد ذلك ولى ولم يستبرأ ، لأنه لايمتنع إلا متأولا .

والولى إذا عضل عصى . فلوزوج بعد ذلك صح بلااستبراء .

والغارم فى معصيته يعطى إذا تاب .

فائدة : لنا صورة يجب فيها على شاهد الزنا أن يؤدى الشهادة به ، وذلك إذا تعلق بتركه حد كما إذا شهد ثلاثة بالزنا ، ذكره الماوردى والرويانى ، ونقله فى الكفاية .

قال الإسنوى : وهو ظاهر

باب الدعوى والبينات

قال الماوردى فى الحاوى : الدعوى على ستة أضرب صحيحة ، وفاسدة ، ومجملة ، وناقصة ، وزائدة ، وكاذبة ،

فالصحيحة : ما استجمعت فيها شروط الدعوى .

والفاسدة : ما اختل منها شرط فى المدعى ، كما إذا ادعى المسلم نكاح المجوسية ، أو الحرالموسر نكاح أمة ، أوفى المدعى به ، كدعوى الميتة ، والخمر ، أوسبب الدعوى كدعوى الكافر شراء المصحف ، والمسلم ، وطلب تسليمه ، وكذلك من ذكر سببا باطلا لاستحقاقه .

والمجملة : كقوله لى عليه شئ ، وهى الدعوى بالمجهول . فلاتسمع . إلافى صورستأتى .

والناقصة : إما لنقص صفة ، كقوله لى عليه ألف ، ولا يبين صفتها ، أوشرط كدعوى النكاح من غير ذكر ولى ، وشهود ، وكلاهما لاتسمع . إلا دعوى الممر فى ملك الغير ، أوحق إجراء الماء ، فلايشترط تعيين ذلك بحد ، أوذرع .

بل يكفي تحديد الأرض ، والدار .

والزائدة : تارة لا تفسد ، نحو ابتعته في سوق كذا ، أو على أن أرده بعيب إذا وجد .
وتارة تفسد . نحو : ابتعته على أن يقيلني إذا استقلته .

والكاذبة : هي المستحيلة : كمن ادعى بمكة أنه تزوج فلانة أمس بالبصرة .

قاعدة : كل أمين : من مرتهن ، ووكيل ، وشريك ، ومقارض ، وولي محجور ، وملتقط لم يتملك ، وملتقط لقيط ، ومستأجر ، وأجير : وغيرهم ، يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سببا ، أو ذكر سببا خفيا .

فإن ذكر سببا ظاهرا غير معروف فلا بد من إثباته ، أو عرف عمومه لم يحتج إلى يمين ، أو عرف دون عمومه صدق بيمينه .

وكل أمين مصدق في دعوى الرد على من ائتمنه إما جزما ، أو على المذهب ، إلا المرتهن والمستأجر .

قاعدة : إذا اختلف الغارم والمغروم له في القيمة ، فالقول قول الغارم . لأن الأصل براءة ذمته .

قاعدة : إذا اختلف الدافع والقابض في الجهة . فالقول قول الدافع ، إلا في صور :

الأولى : بعث إلى بيت من لا دين عليه شيئا . ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه فالقول . قوله قاله الرافعي في الصداق .

الثانية : عجل زكاة ، وتنازع هو والقابض في اشتراط التعجيل ، صدق القابض على الأصح .

الثالثة : سأله سائل وقال : إني فقير ، فأعطاه . ثم ادعى دفعه قرضا ، وأنكر الفقير صدق الفقير . لأن الظاهر معه ، بخلاف ما إذا لم يقل إني فقير . فالقول قول الدافع قاله القاضي حسين .

مسائل الدعوى بالمجهول خمس وثلاثون مسألة

جمعها قاضي القضاة جلال الدين البلقيني ، ونقلها من خطه شيخنا قاضي القضاة علم الدين عنه .

الأولى : دعوى الوصية بالمجهول صحيحة . فإذا ادعى على الوارث أن مورثك أوصى لي بثوب ، أو بشيء . سمعت .

الثانية : الإقرار بالمجهول . تسمع الدعوى به على المعتبر .

قال الرافعي : ومنهم من تنازع كلامه فيه ، وفيما ذكر نظر . فإن الأرجح عنده أنه إذا أقر بمجهول حبس لتفسيره ، ولا يحبس إلا مع صحة الدعوى .

الثالثة : المفوضة إذا حضرت لطلب الفرض من القاضي تفريعا على أنه لا يجب المهر بالعقد ، فإنها تدعى بمجهول .

الرابعة : المتعة فيما إذا حضرت المفارقة بسبب من غير جهتها التي لا اشطر لها ، أو لها الـكل بطلبها . فإنها تدعى بها من غير احتياج إلى بيان ، ثم القاضي يوجب لها ما يقتضيه الحال من يسار ، وإعسار ، وتوسط .

الخامسة : النفقة تدعى بها الزوجة على زوجها من غير احتياج إلى بيان . ثم القاضي يوجب ما يقتضيه الحال من يسار ، وإعسار ، وتوسط .

السادسة : الـكسوة .

السابعة : الأدم كذلك .

الثامنة : اللحم كذلك ، ويلتحق بهذه الأربعة : سائر الواجبات للزوجات .

التاسعة : نفقة الخادم .

العاشرة : كسوته وأدمه .

الحادية عشرة : الدعوى على العاقلة بالدية ، يختلف فرضها بحسب اليسار والتوسط فتجوز الدعوى بها من غير احتياج إلى بيان والقاضي يفرض ما يقتضيه الحال .

الثانية عشرة : الدعوى بالغرة لا يحتاج فيها إلى بيان ، والقاضي يوجب غرة متقومة بخمس من الإبل .

الثالثة عشرة : الدعوى بنفقة القريب . لا تحتاج إلى بيان ، والقاضي يفرض ما تقتضيه الـكفاية .

الرابعة عشرة : الدعوى بالحـكومة .

الخامسة عشرة : الدعوى بالأرش عند امتناع الرد بالعيب القديم .

السادسة عشرة : الدعوى بأن له طريقا في ملك غيره ، أو إجراء ماء في ملك غيره .

قال الهروي الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفي تحديد الأرض التي يدعى فيها .

السابعة عشرة : الواحـــد من أصناف الزكاة في البلد المحصور أصنافه ، يدعى على المالك استحقاقه . ثم القاضي يعين له ما يراه مما يقتضيه حاله شرعا .

وقد تتعدد هذه الصورة بحسب الأصناف ، من جهة أن العامل يدعى استحقاقا ، والقاضى يفرض له أجرة المثل . وكذا الغازى يفرض له مايراه لائقا بحاله فتبلغ ثمانية صور .

الثامنة عشرة : شاهد الوقعة يطلب حقه من الغنيمة ، ويدعى بذلك على أمير السرية والإمام يعين له مايقتضى الحال .

التاسعة عشرة : مستحق الرضخ المستحق يطلب حقه من الغنيمة ، كذلك ، وكذلك فيما إذا انفرد النساء ، والصبيان ، والعبيد بغزوة .

العشرون : المشروط له جارية مبهمة في الدلالة على القلعة . يدعى بها على أمير السرية والإمام يعين له جارية من الموجودات . في القلعة .

الحادية والعشرون : مستحق السلب إذا كان للمسلوب جنائب . فإنه يدعى على أمير السرية عند الإمام بحقه من جنيبة قتيله ، والإمام يعين له مايراه على الأرجح .

الثانية والعشرون : مستحق الفئ يدعى على عمال الفئ ، والغنيمة حقه ، والإمام يعطيه مايقتضيه حاجته .

الثالثة والعشرون : من يستحق الخمس سوى المصالح ، وذوى القربى ، يدعى واحد منهم على عمال الفئ حقه ، والإمام يعطيه مايراه مايقتضيه حاله شرعا .

وقد تتعدد هذه الصور إلى ست بحسب بقية الأصناف ، والفئ ، والغنيمة .

الرابعة والعشرون : من سلم عينا إلى شخص . فجحدها ، وشك صاحبها فى بقائها فلا يدرى . أيطالب بالعين ، أو بالقيمة ؟ فالأصح أن له أن يدعى على الشك ، ويقول لى عنده كذا فإن بقى فعليه رده ، وإن تلف فقيمته ، إن كان متقوما ، أو مثله ، إن كان مثليا .

الخامسة والعشرون : الوارث الذى يؤخذ فى حقه بالاحتياط . يدعى على من فى يده المال حقه من الإرث ، والقاضى يعطيه مايقتضيه الحال .

وقد تتعدد هذه الصور بحسب المفقود . والخنثى ، والحمل إلى ثلاث .

السادسة والعشرون : المكاتب ، يدعى على السيد ما أوجب الله إيتاءه وحطه والقاضى يفعل مايقتضيه الشرع .

السابعة والعشرون . من يحضر لطلب المهر ، وهذه غير المفوضة . لأن المفوضة تطلب الفرض وقد تتعدد هذه الصورة بحسب الأحوال من فساد الصداق ، ووطء الشبهة ، ووطء الأب جارية ابنه ، ووطء الشريك ، والمكرهة إلى خمس سور .

فإن قيل : هذه يحتاج فيها إلى التعيين . لأن الذى سبق فى المفوضة إنما هو تفريع على أنها لايجب لها بالعقد ، فدل على أنه إذا قلنا يجب بالعقد ، يجب بالتعيين .

قلنا : ليس ذلك بمراد ، وإنما المراد بذلك أن على قول الوجوب بالعقد تطالب بالمهر لا بالفرض على أحد الوجهين كما ذكروه فى باب الصداق من أنا إذا قلنا لايجب المهر بالعقد وهو الأظهر فلها المطالبة بالفرض . فإذا أوجبناه بالعقد . فمن قال يتشطر بالطلاق قبل المسيس، وهو المرجوح . قال ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل تطالب به لا بالفرض ، ومن قال لايتشطر قال لها طلب الفرض .

وطلب الفرض والمهر ، كلاهما لاينفك عن جهالة ، والقاضى ينظر فى مهر المثل بمايقتضيه الحال .

الثامنة والعشرون : زوجة المولى . تطالبه بالفيئة ، أو الطلاق .

التاسعة والعشرون : جناية المستولدة . بعد الاستيلاد . يدعى فيها على الذى استولدها بالفداء الواجب ، والقاضى يقضى بأقل الأمرين من قيمتها ، والأرش ، وكذلك إذا قتل السيد عبده الجانى ، أو أعتقه ، إذا كان موسرا فإنه يلزمه الفداء ، ويدعى به ، والقاضى يقضى بأقل الأمرين.

وإذا أفردت الصورتان انتهت إلى ثلاث .

الثلاثون : يلزمه إذا جنى على عبد فى حال رقه فقطع يده مثلا ، ثم عتق ومات بالسراية. فوجبت فيه دية حر فإن للسيد فيها على أصح القولين أقل الأمرين من كل الدية، ونصف الدية. فإذا ادعى السيد على الجانى يطالبه بحقه من جهة الجناية والقاضى يقضى له مايقتضيه الحال .

الحادية والثلاثون : إذا قطع ذكر خنثى مشكل ، وأنثييه ، وشفريه ، وقال عفوت عن القصاص وطلب حقه من المال . فإنه يعطى المتيقن ، وهو دية الشفرين . وحكومة الذكر ، والأنثيين . فلهذا يدعى به مبهما ، والقاضى يعين مايقتضيه الحال .

وفيه صور أخرى : فيها الأقل بتعدادها يكثر العدد .

الثانية والثلاثون : دعوى الطلاق المبهم جائزة ، ويلزم الزوج بالبيان إذا نوى معينة وبالتعيين إذا لم ينو ، فإن امتنع حبس .

الثالثة والثلاثون : جنى على مسلم فقطع يده خطأ مثلا ثم ارتد المجروح ومات بالسراية فإنه يجب المال على أصح القولين . والمنصوص ، أنه يجب أقل الأمرين ، من الأرش ، ودية النفس. فيدعى مستحق ذلك على الجانى بالحق والقاضى يقضى بما يقتضيه الحال .

الرابعة والثلاثون : إذا استخدم عبده المزوج المكتسب ، فإن عليه أقل الأمرين ، من النفقة، وأجرة الخدمة . فتدعى زوجته على السيد نفقتها ، والقاضى يوجب لها مايقتضيه الحال .

الخامسة والثلاثون : إذا أوصى لزيد وللفقراء بألف درهم مثلا ، فإن لزيد أن يدعى على الوارث بحقه مبهما ، والقاضى يقضى له بمذهبه بناء على أن المستحق له أقل متمول وكل مافيه أقل الأمرين فى غير الجنايات . يستفاد حكمه مما سبق .

وكل مافيه أقل متمول من غير ماذكر يستفاد حكمه مما ذكر ، والله تعالى أعلم .

وقال الغزى فى أدب القضاء : الدعوى بالمجهول تصح فى مسائل .

منها : كل ما كان المطلوب فيه موقوفا على تقدير القاضى ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه، كالمفوضة تطلب الفرض والواهب يطلب الثواب ، إذا قلنا بوجوبه .

ومنها : الحكومات والمتعة ودعوى الكسوة والنفقة ، والأدم من الزوجة والقريب .

ومنها : الوصية والإقرار .

ومنها : ماذكره القفال فى فتاويه أنه لاتسمع الدعوى بالمجهول إلا الإقرار فالغصب إذا ادعى أنه غصب منه ثوبا مثلا .

ومنها : دعوى المهر على ماصححه الهروى وجزم به شريح الرويانى وقال أبو على الثقفى، لابد من ذكر قدره .

قال الغزى : وقد يقال ، إن كان المرور مستحقا فى الأرض من كل جوانبها فالأمر كما قال الهروى ، وإن كان حقه منحصرا فى جهة من الأرض ، وهو قدر معلوم ، فيتجه ماقاله الثقفى .

ومنها : قال ابن أبى الدم ، إذا ادعى إبلا فى دية ، أو جنينا فى غرة ، لم يشترط ذكر وصفها لأن أوصافها مستحقة شرعا .

ومنها : ذكر الرافعى فى الوصايا ، أنه لو بلغ الطفل وادعى على وليه الإسراف فى النفقة ولم يعين قدرا . فإن الولى يصدق بيمينه ؟ وظاهره سماع هذه الدعوى المجهولة ، لكنه قال فى المساقاة إذا ادعى المالك خيانة العامل ، فإن بين قدر ماخان به سمعت دعواه وصدق العامل بيمينه ، وإلا فلا تسمع الدعوى للجهالة انتهى.

قال الغزى : وينبغى أن يكون كذلك فى المسألة قبلها .

قاعدة : إذا نكل المدعى عليه : ردت اليمين على المدعى ولا يحكم بمجرد النكول إلا في صور :

منها : إذا طلب الساعي الزكاة من المالك ، فادعى أنه بادر في أثناء الحول ، واتهمه الساعي : يحلفه ندبا ، وقيل : وجوبا فعلى هذا إذا نكل ، والمستحق غير محصور .

أخذت منه الزكاة ولا يحلف الساعي ولا الإمام .

ومنها : الذمي إذا غاب وعاد مسلما ، وادعى أنه أسلم قبل السنة وأنكر عامل الجزية . ففيه ما في الساعي .

ومنها : إذا مات من لاوارث له ، فادعى الحاكم أو منصوبه على إنسان بدين للميت وجد في تذكرته فأنكر . فقيل : يقضى بالنكول وصحح الرافعي أنه يحبس حتى يقرأ ويحلف .

ومنها : قيم المسجد والوقف ، إذا ادعى للمسجد أو للوقف ونكل المدعى عليه فهل يرد على المباشر ؟ أوجه أرجحها عند الرافعي : التفرقة بين أن يكون باشر سبب ذلك بنفسه فترد أولا فلو ادعى إتلاف مال الوقف ونكل : لا ترد ثم قيل يقضى بالنكول وقيل يحبس حتى يقر أو يحلف .

ومنها : لو ادعى الأسير استعجال الإنبات بالدواء حلف . فإن أبى ، نص الشافعي أنه يقتل وهذا قضاء بالنكول .

ضابط : كل من ثبت له يمين فمات ، فإنها تثبت لوارثه إلا في صورة :

وهي : ما إذا قالت الزوجة نقلتني ، فقال بل أذنت لحاجة فإنه يصدق . فإن مات لم يصدق الوارث ، بل هي على المذهب .

قاعدة : قال الروياني في الفروق : كل ماجاز للإنسان أن يشهد به فله أن يحلف عليه ، وقد لايجوز العكس في صور :

منها : أن يخبره الثقة أن فلانا قتل أباه أو غصب ماله ، فإنه يحلف ولا يشهد . وكذا لو رأى بخط مورثه أن له دينا على رجل أو أنه قضاه فله الحلف عليه إذا قوى عنده صحته ولا يشهد بمثل ذلك لأن باب اليمين أوسع من باب الشهادة ، إذ يحلف الفاسق والعبد ومن لاتقبل شهادتهم ولا يشهدون .

قاعدة : اليمين فى الإثبات على البت مطلقا ، وفى النفى كذلك إن كان على نفى فعل نفسه ، أو عبده أودابته اللذين فى يده . وإن لم يكونا ملكه وإلا فعلى من نفى العلم .

وقال فى المطلب : كل يمين على البت ، إلا نفى فعل الغير وهو ضبط مختصر ومع ذلك نقض بما لوادعى المودع التلف ولم يحلف ، فإن المذهب أن المودع يحلف على نفى العلم .

قاعدة : لاتسمع الدعوى والبينة بملك سابق ، كقولهم : كانت ملكه أمس مثلا حتى يقولوا ولم يزل أو لا نعلم مزيلا ، إلا فى مسائل .

منها : إذا ادعى أنه اشتراه من الخصم من سنة مثلا ، أو أنه أقر له به من سنة ، أويقول المدعى عليه للمدعى ، كان ملكك أمس وهو الآن ملكى فيؤاخذ بإقراره .

ومنها : إذا شهدت بينة أحدهما بأن هذه الدابة ملكه نتجت فى ملكه ، فإنها تقبل ، وتقدم على بينة الآخر إذا شهدت بالملك المطلق ، لأن بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره .

والفرق بين ذلك وبين مالو شهدت بملكه من سنة مثلا : أن تلك شهادة بأصل الملك . فلا يقبل حتى يثبت فى الحال ، والشهادة بالنتاج شهادة بنماء الملك وأنه حدث من ملكه ، فلم يفتقر إلى إثبات الملك فى الحال .

فلو شهدت أنها بنت دابته فقط ، لم يحكم له بها لأنها قد تكون بنت دابته وهى ملك لغيره بأن يكون أوصى بها للغير وهى حمل .

ومثله : الشهادة بأن هذه الثمرة حصلت من شجرته فى ملكه ؟ وأن هذا الغزل حصل من قطنه والفرخ من بيضته والخبز من دقيقه ، ولا يشترط هنا أن يقولوا وهو فى ملكه ، كما شرطناه فى الدابة .

ومنها : لو شهدت بأنه اشتراها من فلان وهو يملكها ؟ فالراجح قبول هذه البينة ، بخلاف الشهادة بملك سابق ، وإن لم يقولوا : إنها الآن ملك المدعى ويقوم مقام قولهم « وهو يملكها » قولهم « وتسلمها منه ، أو سلمها إليه »

ومنها : إذا ادعى أن مورثه توفى وترك كذا وأقام بينة به ، فالأصح أنها تقبل وليست كالشهادة بملك سابق .

ومنها : لو شهدت بأن فلانا الحاكم حكم للمدعى بالعين ولم يزيدوا على ذلك ، فإنه يحكم له بالعين لأن الملك ثبت بالحكم ، فيستصحب إلى أن يعلم زواله وقيل : يشترط أن يشهد بالملك فى الحال.

قاعدة : لا تلفق الشهادتان إلا أن يطابقا لفظا ومعنى ومحلا ، كما إذا شهد واحد بالإبراء وآخر بالتحليل فإنها تلفق وتسمع .

ومن فروع عدم التلفيق : مالو شهد واحد بالبيع وآخر على إقراره به أو واحد بالملك للمدعى وآخر على إقرار ذى اليد به له .

قاعدة : ما لا يجوز للرجل فعله بانفراده لا يجوز له أن يطلب استيفاءه بأن يدعى به كالقصاص المشترك بين الاثنين ، وكاسترداد نصف وديعة استودعها اثنان ، فى أحد القولين .

ومنه مسألة الدعوى فى الأوقاف بسبب الريع ونحوه .

قال الأذرعى : الظاهر ـ فقها لا نقلا ـ أنها تسمع ، والبينة على الناظر دون المستحق . كولى الطفل . قال فلو كان الوقف على جماعة معينين لا ناظر لهم ، بل كل واحد ينظر فى حصته بشرط الواقف فلا بد من حضور الجميع ، فلو كان الناظر عليهم القاضى فلا بد من حضورهم لتكون الدعوى والحكم فى وجه المستحق .

قاعدة : كل من كان فرعا لغيره لم تسمع دعواه بما يكذب أصله .

ثمنه : لو ثبت إقرار رجل بأنه من ولد العباس بن عبد المطلب ومات ، فادعى ولده أنه من نسل على بن أبى طالب لم تسمع دعواه كما أفتى به ابن الصلاح .

من تسمع دعواه فى حالة ولا تسمع فى أخرى

وفيه فروع :

منها : لا تسمع دعوى العبد على سيده أنه أذن له فى التجارة ، فإن اشترى شيئا وجاء البائع يطالب ثمنه . فأنكر السيد الإذن وحلف ، فللعبد أن يدعى على سيده مرة أخرى ، رجاء أن يقر ، فيسقط الثمن عن ذمته .

ومنها : لا تسمع دعوى الأمة الاستيلاد من السيد ، قاله الرافعى .

قال السبكى فى الحلبيات : ومحله إذا أرادت إثبات نسب الولد ، فإن قصدت إثبات أمية الولد لتمتنع بيعها وتعتق بموته ، سمعت وحلف .

ومنها : إذا حضر شخص وبيده وصية من شخص وفيها أقارير ووصايا سمعت دعواه لإثبات أنه وصى فقط ، فأما الوصايا والأقارير فلا تسمع دعواه فيها للمستحقين ، لأنه لاولاية له عليهم ، صرح به الديبلى .

ومنها : قال شريح الروياني ، إذا ادعى شخص على آخر أنه يدعي عليه مالا أو غصبا أو شراء شيء منه ، لم تسمع . لأنه إخبار عن كلام لا يضر ، فلو قال إنه يدعي ذلك ويقطعه عن أشغاله ويلازمه ، وليس له عليه ما يدعيه ، ولا شيء منه أو يطالبه بذلك بغير حق ، سمعت .

وقال الشافعي : لو حضر رجلان وادعى كل منهما دارا وأنها في يده لم تسمع الدعوى فإن قال أحدهما هي في يدي ، وهذا يعترض على فيها بغير حق ، أو يمنعني من سكناها سمعت ،

وقال الماوردي : إذا ادعى أنه يعارضه في ملكه ، لم تسمع إلا أن يقول إنه يتضرر في بدنه بملازمته له أو في ملكه بمنعه التصرف فيه ، أو في جاهه بشياع ذلك عليه فتسمع ويشترط بيان ما تضرر به من هذه الوجوه ، وأنه يعارضه في كذا بغير حق ، فيوجه الحاكم المنع إليه .

قال الغزي : ويؤخذ من هذا دعوى المعارضة في الوظائف بغير حق ، فتسمع بالشرط المذكور. فإذا ثبت ذلك بطريقه منع الحاكم من المعارضة .

قاعدة : لابد في الدعوى على الغائب من يمين مع البينة وجوبا على الأصح .

ويستثنى مسائل :

منها : لو كان للغائب وكيل حاضر ، فلا حاجة إلى اليمين مع البينة على الأصح .

ومنها : لو ادعى وكيل غائب دينا له على ميت ، ولا وارث له إلا بيت المال وثبتت وكالته والدين ، فيسقط اليمين هنا . كما قالوه فيما لو ادعى وكيل غائب على غائب أو حاضر . قاله السبكي.

ومنها : لو وكل وكيلا بشراء عقار في بلد آخر ، فاشتراه من مالكه هناك وحكم به حاكم ونفذه آخر ثم أحضره إلى بلد التوكيل ، فطلب من حاكم بلده تنفيذه . فإنه ينفذه ولا يمين على الموكل ، كما أفتى به جمع ممن عاصر النووي ، مع أنه قضاء على غائب .

ومنها : لو شهدا حسبة على إقرار غائب أنه أعتق عبدا له حكم عليه بالعتق من غير سؤال العبد ولا يحتاج إلى يمين ، قاله ابن الصلاح .

قال الغزي : ويجيء مثله في الطلاق وحقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين .

ومنها : لو كانت الحجة شاهدا ويمينا . ففي وجه أنه لا يحتاج إلى يمين آخر والأصح خلافه .

الصور التي لا تسمع فيها دعوى

من ليس بولي ولا وكيل حقا لغيره قصد التوصل إلى حقه

منها : لو اشترى أمة ثم ادعى على البائع أنه غصبها من فلان ، وأقام بينة على إقراره قبل البيع بذلك ، سمعت . لأنه يثبت حقا لنفسه . وهو فساد البيع .

ومنها : لو أحضر شخصا إلى مجلس القاضى ، وقال لى على فلان الغائب دين ، وهذا وكيله، وغرضى أن أدعى فى وجهه ، وأنكر الحاضر الوكالة. ففى وجه تسمع لأن له فيه غرضا ، وهو الخلاص من اليمين للحكم ، ولكن الأصح خلافه .

قاعدة : فى الحديث «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» أخرجه بهذا اللفظ البيهقى من حديث ابن عباس .

قال الرافعى : وضابط من يحلف أنه كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة، ويقال أيضا كل من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به فأنكر ، يحلف عليه ، ويقبل منه .

وجزم بهذه العبارة فى المحرر والمنهاج .

ويستثنى من هذا الضابط صور .

منها : القاضى لا يحلف على تركه الظلم فى حكمه

ومنها : الشاهد لا يحلف أنه لم يكذب .

ومنها : لو قال المدعى عليه أنا صبى ، لم يحلف ، ويوقف حتى يبلغ .

ومنها : فى حدود الله تعالى .

ومنها : منكر أن المدعى وكيل صاحب الحق .

ومنها : الوصى .

ومنها : القيم .

ومنها : السفيه فى إتلاف المال ، لا يحلف على الأصح .

ومنها : منكر العتق إذا ادعى على من هو فى يده أنه أعتقه ، وآخر أنه باعه منه ، فأقر بالبيع . فإنه لا يحلف العبد . إذ لو رجع لم يقبل ؛ ولم يغرم .

ومنها : إذا ادعت الجارية الاستيلاد وأنكر السيد أصل الوطء . فالأصح فى أصل الروضة أنه لا يحلف ، وحمله السبكى على ما إذا كانت المنازعة لإثبات النسب . كما تقدم .

ومنها : من عليه الزكاة إذا ادعى مسقطا ، لا يحلف وجوبا على الأظهر . مع أنه لو أقر بالدعوى ألزم .

ومنها : لو حضر عند القاضى ، وادعى أنه بلغ رشيدا ، وأن أباه يعلم ذلك وطلب يمينه ، لا يحلف الأب ؛ على الصحيح . مع أنه لو أقر بذلك انعزل عنه .

ما لا يثبت إلا بالإقرار ولا يمكن ثبوته بالبينة

فيه فروع :

منها القتل بالسحر . يثبت بالإقرار دون البينة ، لعدم إمكان اطلاعها عليه . كذا قاله الرافعي وغيره . قال ابن الرفعة ويمكن ثبوته بالبينة ، بأن يقول سحرته بالنوع الفلاني من السحر . فيشهد عدلان كانا من أهل السحر ثم تابا أن هذا النوع يقتل .

ومنها : قال الرافعي إنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو علم القاضي ، بأن شهدو بشيء يعلم خلافه ، ولا تثبت بقيام البينة . لأنها قد تكون زورا .

ومنها : وضع الحديث ، لا تثبت بالبينة بل بإقرار الواضع .

ومنها : النسب والحج عن الغير . لكن صرحوا بأنه قال لعبده إن حججت في هذا العام فأنت حر . فأقام بينة على حجه ، سمعت وعتق . قال العزي ولعل المراد إقامتها على أنه رؤي بعرفة وتلك المشاهد ، لا أنه حج .

مالا يثبت إلا بالبينة ولا يثبت بالإقرار

وهو كل موضع ادعى فيه على ولي . أو وصي ، أو وكيل ، أو قيم ، أو ناظر وقف .

من يقبل قوله بلا يمين

فيه فروع :

منها : من ادعى مسقطا للزكاة ، كما تقدم .

ومن صوره : أن يقول المالك هذا النتاج بعد الحول ، أو من غير النصاب ، وقال الساعي قبله ، أو منه . فالقول قول المالك . لأن الأصل براءته ، فإن اتهمه الساعي ، حلفه وهل اليمين مستحبة أو واجبة ؟ وجهان أصحهما الأول .

وكذا لو قال لم يحل الحول ، أو بعت المال أثناءه . ثم اشتريته ، أو فرقت الزكاة بنفسي . أو هذا المال وديعة عندي . لاملكي ، وكذبه الساعي ، في الصور كلها .

ومنها : لو اكترى من يحج عن أبيه مثلا . فقال المكرى حججت . قال الدبيلي يقبل قوله ولا يمين عليه ولا بينة . لأن تصحيح ذلك بالبينة لا يمكن .

وكذا لو قال للأجير : فقد جامعت في إحرامك فأفسدته لم يحلف أيضا ، ولا تسمع هذه

الدعوى ، فلو أقام بينة بجماعه وقال كنت ناسيا قبل قوله ، ولا يمين عليه ، وصح حجه . واستحق الأجرة .

وكذا لو ادعى أنه جاوز الميقات بغير إحرام ، أو قتل صيدا في إحرامه . ونحو ذلك لم يحلف ، لأنه من حقوق الله تعالى ، وهو أمين في كل ذلك . انتهى .

ومنها : إذا طلب الأب والجد الإعفاف ، وادعى الحاجة ، فإنه يصدق بلا يمين ، إذ لا يليق بمنصبه تحليفه في مثل ذلك .

ومنها : لو ادعى على القاضي أنه حكم بعبدين ، فإنه يصدق بلا يمين ، فيما صححه الرافعي ، ووافقه النووي في الروضة في الدعاوى وخالفه في القضاء .

واختار السبكي والبلقيني ما صححه الرافعي .

من يقبل قوله في شيء دون شيء

فيه فروع :

منها : المطلقة ثلاثا ، إذا نكحت زوجا وادعت أنه أصابها . تقبل في حلها للزوج الأول . لا في استحقاق المهر على الزوج الثاني .

ومنها : العنين إذا ادعى الوطء قبل قوله ، لدفع الفسخ ، لا لثبوت العدة والرجعة فيها لو طلق

ومنها : المزوجة بشرط البكارة فادعت زوالها بوطئه تقبل . لعدم الفسخ ، ويقبل الزوج لعدم تمام المهر .

ومنها : مدعى الإنفاق ؛ وقد علق الطلاق على تركه . يقبل في عدم وقوع الطلاق ، وتقبل الزوجة في عدم سقوط النفقة على ما قاله القاضي .

ومنها : المولى . إذا ادعى الوطء يقبل في عدم الطلاق ، ولا يقبل في ثبوت الرجعة . لو طلق وأرادها ، على الصحيح ، لأنا إنما قبلنا قوله في الوطء للضرورة ، وتعذر البينة .

ومنها : الوكيل . يدعى قبض الثمن من المشتري وتسليمه إلى البائع . يقبل قوله حتى لا يلزمه الغرم ؛ إذا أنكر الموكل . لو استحق المبيع ورجع بالعهدة عليه . لم يكن له أن يغرم الموكل ، لأنا إنما جعلناه أمينا وقبلنا قوله في أن لا يغرم شيئا بسبب ما اؤتمن فيه فأما في أن يغرم المؤتمن شيئا فلا .

ومنها : إذا أوضحه موضحتين ، ورفع الحاجز ؛ وقال رفعته قبل الاندماج ، فعاد الأرشان

إلى واحد ؛ وقال المجنى عليه . بل بعده قطعيك أرش ثالث . صدق المجنى عليه فى استقرار الأرشين، ولا يصدق فى ثبوت الثالث على الصحيح . لأنا إنما قبلناه فى عدم سقوط ماوجب فلا نقبله فى ثبوت مال على الغير لم يثبت موجبه .

باب الكتابة

ضابط : المكاتب أقسام :

الأول : كالحر جزما فيما هومقصود الكتابة كالبيع ، والشراء ، ومعاملة السيد والنفقة عليه من كسبه .

الثانى : كالقن جزما . فى بيعه برضاه؛ وقتله .

الثالث : كالحر على الأصح . فى منع بيعه ، وعدم الحنث إذا حلف لاملك له ، وله مكاتب .

الرابع : كالقن على الأصح فى نظره لسيدته . حيث لاوفاء معه .

ضابط : الكتابة الفاسدة كالصحيحة إلا فى أمور .

أحدها : الحط .

الثانى : يمنع من السفر .

الثالث : لايعتق بالإبراء .

الرابع : الاعتياض .

الخامس : ينفسخ بالفسخ ، والموت ، والحجر ، والجنون .

السادس : تصح الوصية برقبته .

السابع : لايصرف إليهم سهم المكاتبين .

الثامن : على السيد فطرته .

التاسع : يصح التصرف فيه بيعا وغيره ،

العاشر : لايملك السيد مايأخذه ، بل يرده ، ويرجع إلى قيمته ، إن كان متقوما .

الحادى عشر : لايعامل السيد .

الثانى عشر : لايعتق بأداء النجوم . لأن الصفة لم توجد على وجهها .

الثالث عشر : لايجب استبراؤها عجزت ، أو فسخت .

ذكر ذلك فى الروضة وأصلها . ومابعده من تصحيح المنهاج للبلقينى .

الرابع عشر : لاتنقطع زكاة التجارة فيه ، لتمكنه من التصرف فيه .

الخامس عشر : له منعه من صوم الكفارة حيث يمتنع القن .

السادس عشر : له منعه من الإحرام وتحليله .

السابع عشر : لاتكفى فى إزالة سلطنة سيده الكافر عنه .

الثامن عشر : ليست فى زمن الخيار فسخا ولا إجازة :

التاسع عشر : لاتمنع رده بالعيب ،

العشرون : ولا الإقالة فيه .

الحادى والعشرون : ولا جعله رأس مال سلم ، ولا أداؤه عن سلم لزمه .

الثانى والعشرون : ولا اقتراضه .

الثالث والعشرون : لايجوز أن يكون وكيلا عن المرتهن فى قبض العين المرهونة من سيده ، ولا عن معاملة سيده فى صرف ، أو سلم ، أو غيرهما .

الرابع والعشرون : لبائعه فسخ البيع إذا أفلس المشترى ، وكان قد كاتبه كتابة فاسدة و بيع فى الدين .

الخامس والعشرون : لاتصح الحوالة عليه بالنجوم .

السادس والعشرون : لايصح التوكيل بالفاسدة من السيد بلا تضرر من الوكيل ، لغلبة التعليق ، ويحتمل الجواز : لشائبة المعاوضة .

السابع والعشرون : لايوكل السيد من يقبض له النجوم ، ولا العبد من يؤديها عنه رعاية للتعليق .

الثامن والعشرون : يصح إقرار السيد به كعبده القن .

التاسع والعشرون : لايصح إقراره بما يوجب مالا متعلقا برقبته ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة .

الثلاثون : يقبل إقرار السيد على المكاتب كتابة فاسدة بما يوجب الأرش ، بخلاف الصحيحة .

الحادى والثلاثون : للسيد أن يجعله أجرة فى الإجارة ، وجعلا فى الجعالة ، ويكون ذلك فسخا .

الثانى والثلاثون : إذا كاتب الفرع ماوهبه له أصله كتابة فاسدة بعد قبضه بإذنه فللأصل الرجوع فيه ويكون فسخا .

الثالث والثلاثون : لاتصح الوصية بأن يكاتب عبده فلانا كتابة فاسدة .

الرابع والثلاثون : الفاسدة الصادرة فى المرض ليست فى الثلث ، بل من رأس المال لأخذ السيد القيمة من رقبته .

الخامس والثلاثون : لايمتنع نظره إلى مكاتبه كتابة فاسدة .

السادس والثلاثون : المعتبر فى الفاسدة ، جواب خطبتها من السيد ، بخلاف الصحيحة فإن المعتبر جوابها .

السابع والثلاثون : السيد يزوج المكاتبة كتابة فاسدة إجبارا ، ويكون فسخا ، ولا يجبر المكاتبة كتابة صحيحة .

الثامن والثلاثون : للسيد منع الزوج من تسلمها نهارا كالقنة ، بخلاف المكاتبة كتابة صحيحة . يلزمها تسليم نفسها ليلا ونهارا . كالحرة .

التاسع والثلاثون : للسيد المسافرة بها وله منع الزوج من السفر بها .

الأربعون : ليس لها حبس نفسها لتسليم المهر الحال .

الحادى والأربعون : للسيد تفويض بضعها وله حبسها للفرض ، وتسليم المفروض لا لها .

الثانى والأربعون : إذا زوجها بعبده لم يجب مهر .

الثالث والأربعون : يجوز جعلها صداقا ، ويكون فسخا .

الرابع والأربعون : إذا كاتبت الزوجة العبد الذى أصدقها الزوج إياه ، ثم وجد من الفرقة قبل الدخول مايقتضى رجوع الكل ، أو النصف إلى الزوج . فلا يرجع بذلك فى الصحيحة ، ولها غرامة بدله ، وترجع به فى الفاسدة ، ويكون فسخا للكتابة .

الخامس والأربعون : يخالع على المكاتبة كتابة فاسدة ، ويكون فسخا .

السادس والأربعون : لا يجب لها مهر بوطء سيدها لها ويستمر تحريم أختها وخالتها وعمتها فى الوطء بملك اليمين ، وفى عقد النكاح .

السابع والأربعون : أرش جنايته يتعلق برقبته ابتداء ، كالقن ، ولا أرش له فيا إذا جنى عليه السيد .

الثامن والأربعون : لا يدعى فى قتل عبده فى محل اللوث ولا غيره ، ولا يقسم ، وذلك يتعلق بسيده ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة .

التاسع والأربعون : إذا حجر على السيد بالردة ، وقلنا إنه حجر فلس ، وماله لا يفى بديونه ، فلبائعه الرجوع فيه ولا يمنعه من ذلك الكتابة الفاسدة .

الخمسون : إذا سرقه سارق ، وهو نائم ، وكان بحيث لو انتبه لم يقدر على دفع السارق فإنه يثبت الاستيلاء عليه ، والأرجح : أنه يقطع ، لأنه مال أخذ من حرز ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة . فإنه ليس بمال : فلا قطع فيه .

الحادى والخمسون . يحنث سيد المكاتب كتابة فاسدة فى حلفه أنه لا مال له ، ولا عبد ، ولو حلف لا يكاتب ، أو ليكاتبن ، أو لا يكلم مكاتب فلان . تعلق البر والحنث بالكتابة الصحيحة دون الفاسدة .

الثانى والخمسون : لا يعتق بأداء غيره عنه .

الثالث والخمسون : له إعتاقه عن الكفارة على المنصوص .

الرابع والخمسون : يعتق بأخذ السيد فى حال جنونه كذا ذكروه ، وقال الرافعى : ينبغى أن لا يعتق لأنه لم يؤخذ من العبد .

الخامس والخمسون . إذا كاتب عبيدا صفقة واحدة كتابة فاسدة. وقال : إذا أديتم إلى كذا فأنتم أحرار ، لم يعتق واحد منهم بأداء حصته على الأقيس .

السادس والخمسون: ينفسخ بموت غير السيد وغير المكاتب وهو من جعل القبض منه أو قبضه شرطا فى العتق .

السابع والخمسون : له حمل المكاتب كتابة فاسدة إلى دار الحرب . إذا كان كافرا .

الثامن والخمسون : لا تستحب إذا طالبها العبد . بل تحرم إذا طلبها على عوض محرم .

التاسع والخمسون : يكفى فى الصحيحة نية قوله : فإذا أديت إلى فأنت حر ، وإن لم يتلفظ به بخلاف الفاسدة لا يكتفى فيها بنية ذلك ، لأن التعليق لا يصح بالنية ؛ وإنما صح فى الصحيحة لغلبة المعاوضة .

الستون : لو عين فى الفاسدة موضعا للتسليم يتعين مطلقا لأجل التعليق بخلاف الصحيحة فإنه إذا أحضره فى غير المكان المعين فقبضه وقع العتق .

باب أم الولد

ضابط : ولد أم الولد يعتق بموت السيد ، إلا فى صورتين .

المرهونة المقبوضة ، والجانية جناية تتعلق بالرقبة : إذا استولدها مالكها المعسر ، لم ينفذ الاستيلاد ، فتباع .

فإذا ولدت بعد البيع من زوج أو زنا ، ثم اشتراها السيد الأول مع ولدها . ثبت لها حكم الاستيلاد دونه . فتعتق بموته ، دونه فى الأصح .

باب الولاء

ضابط : لا يتصور أن يكون الولد حرا أصليا ولاء عليه والأبوان رقيقان ، إلا فى ثلاث صور :

اللقيطة تقر بالرق بعد الولادة .

والمغرور بحرية أمه ، فإن أولاده أحرار .

والسبى بأن يسترق الأبوان والأولاد أحرار .

الكتاب السادس

فى أبواب متشابهة

وما افترقت فيه

ما افترق فيه اللمس والمس

افترقا فى سبعة أشياء :

الأول : أن شرط اللمس اختلاف النوع

الثانى : شرطه تعدد الشخص .

الثالث : يكون بأى موضع كان ، من البشرة ، والمس يختص ببطن الكف .

الرابع : ينقض الملموس أيضا بخلاف الممسوس .

الخامس : لا يختص بالفرج .

السادس : يختص بالأجانب .

السابع : لا ينقض العضو المبان ، بخلاف الذكر المبان فى الأصح .

ما افترق فيه الوضوء والغسل

افترقا فى أحكام :

الأول : يصح الوضوء بنيته فقط ، ولا يصح الغسل بنيته فقط حتى يضم إليه الفرض أو الأداء .

الثانى : يصح الوضوء بنية رفع الحدث الأكبر غالطا ، ولا يصح الغسل بنية رفع الحدث الأصغر غالطا ، بل يرتفع عن الوجه واليدين والرجلين فقط .

الثالث : يسن تجديد الوضوء دون الغسل .

الرابع : يمسح فيه الخف ، بخلاف الغسل .

الخامس : يجب فيه الترتيب ، بخلاف الغسل .

السادس : تستحب فيه التسمية بالاتفاق ، وفى الغسل وجه أنها لا تستحب للجنب .

السابع : يسن أن لا ينقص ماؤه عن مد ، والغسل صاع .

الثامن : يسن التثليث فيه اتفاقا ، وفى وجه لا يسن فى الغسل .

قال فى الإقليد : ولا أصل له فى غير الرأس ، ولم يذكره الشافعى .

ما افترق فيه غسل الرجل ومسح الخف

افترقا فى أمور :

الأول : لا يتأقت الغسل بمدة بخلاف المسح .

الثانى : يرفع الحدث بلا خلاف ، وفى المسح قول ، أنه لا يرفع .

الثالث : يجوز غسل الرجل المغصوبة بلا خلاف ، وفى الخف المغصوب قول : إنه لا يمسح ، وصورة الرجل المغصوبة أن يستحق قطع رجله ، فلا يمكن منها . ذكره البلقينى .

الرابع : غسل الرجل بثلاث ، بخلاف مسح الخف .

الخامس : يجب تعميم الرجل دون الخف .

السادس : لا تنقضه الجنابة ، بخلاف المسح .

السابع : أنه أفضل من المسح .

ما افترق فيه الرأس والخف

افترقا فى ثلاثة أمور :

الأول : لا يكره غسل الرأس ، ويكره غسل الخف .

الثانى : يسن تثليث الرأس ، ويكره تثليث الخف .

الثالث : يسن استيعاب الرأس ، ويكره استيعاب الخف .

والعلة فى الثلاث : أنه يفسده .

ما افترق فيه الغرة والتحجيل

افترقا فى أنه إذا تعذر غسل اليد أو الرجل بقطع ونحوه ، استحب غسل موضع التحجيل لئلا يخلو الموضع عن طهارة بخلاف ما إذا تعذر غسل الوجه لعلة ؛ لا يستحب غسل موضع الغرة ، كما صرح به الإمام اكتفاء بمسح الرأس والأذنين والرقبة ، فلم يخل الموضع عن طهارة .

ما افترق فيه الوضوء والتيمم

قال البلقينى فى التدريب : ينقص التيمم عن الوضوء فى إحدى عشر مسألة .

الأولى : كونه فى الوجه واليدين فقط .

الثانية : لا يجب إيصاله منبت الشعر الخفيف .

الثالثة : لا يجمع به بين فرضين .

الرابعة : لا يجوز قبل الوقت .

الخامسة : لا يجوز إلا لعذر .

السادسة : لا بد من تقديم الاستنجاء .

السابعة : لابد من تقديم إزالة النجاسة على رأى مرجح .

الثامنة : لابد من تقديم الاجتهاد ، على رأى .

التاسعة : لا يرفع الحدث .

العاشرة : لا يمسح به الخف .

الحادية عشرة : لا يباح به الفرض حتى ينويه .

قلت : ويزاد عليها ، أنه يبطل بالردة ، ولا يسقط الفرض مطلقا ، ولا يسن تجديده ، ولا تثليثه ، ويسن فيه النفض ، ولا يصح نية الفرضية ، ولا غيرها ، سوى الاستباحة ، ويستوى فيه الحدث الأصغر والأكبر ، ولا يكفى النية فيه عند الوجه ، بل يجب عند النقل أيضا ، ويجب فيه نزع الخاتم ، وهو فى الوضوء سنة.

فكملت عشرون .

ما افترق فيه مسح الجبيرة والخف

افترقا فى أمور :

الأول : يجب غسل عضو الجبيرة مع مسحها ، بخلاف عضو الخف ، وفيها قول قياسا على الخف

الثانى : يجب تعميمها بالمسح ، ويكفى فى الخف أقل جزء ، وفيها وجه قياسا عليه .

الثالث : يجب مسحها بالتراب فى وجه ، ويستحب على الأصح ، كما فى شرح المهذب خروجا من الخلاف ، ولا يجرى ذلك فى الخف بحال .

الرابع : لا تقدر بمدة ، بخلافه ، وفيها وجه قياسا عليه .

الخامس : شرط الخف أن يلبس على طهر تام ، ويكفى فى الجبيرة طهر محلها فى وجه قال فى الخادم : إنه الأشبه ، وصرح الإمام وصاحب الاستقصاء باشتراط الطهر التام فيها أيضا .

السادس : لا يجب نزع الجبيرة للجنابة . بخلاف الخف ، والفرق أن فى إيجاب النزع فيها مشقة ، ذكره فى شرح المهذب .

السابع : ذكر الرويانى فى البحر أن ظاهر المذهب أنه يجوز شد الجبائر بعضها على بعض والمسح عليها . وإن قلنا لا يجوز المسح على الجرموقين ثم أبدى فيه احتمالا بالإعادة .

الثامن : حكى صاحب الوافى عن شيخه أن مسح الجبيرة يرفع الحدث ، كالخف ، وفرق بينه وبين التيمم بأنه وجد فى بعض الأعضاء مغسول ارتفع حدثه فاستتبع الممسوح بخلاف التيمم فإنه لم يوجد فيه ذلك ، فاعتبر بنفسه .

وقال ابن الرفعة : الخلاف فى كونه يرفع الحدث لم أره منقولا ، لكنه مخرج مما سلف ، فإن غلب فيه شائبة مسح الخف رفع ، أو التيمم فلا .

التاسع : ذكر ابن الرفعة وغيره أن شرط الطهارة فى وضع الجبيرة لأجل عدم الإعادة لا لجواز المسح .

العاشر : قال فى شرح المهذب ، لو كان على عضوه جبيرتان ، فرفع إحداهما لا يلزمه رفع الأخرى بخلاف الخفين ، لأن لبسهما جميعا شرط بخلاف الجبيرتين .

ما افترق فيه المنى والحيض

افترقا فى أمور :

الأول : لا ينقض المنى الوضوء على الصحيح ، وينقضه الحيض على الصحيح .

الثانى : المنى لا يحرم عبور المسجد ، والحيض يحرمه إن خافت التلويث .

الثالث ، والرابع : المنى لا يحرم الصوم ولا يبطله إذا وقع فيه بلا اختيار ، والحيض يحرمه ويبطله .

الخامس : المنى طاهر ، والحيض نجس .

ما افترق فيه الحيض والنفاس

افترقا فى أمور :

أحدها : أن أقل الحيض محدود ، ولا حد لأقل النفاس ، وغالب الحيض ست ، أو سبع ، وغالب النفاس أربعون ، وأكثر الحيض خمسة عشر يوما ، وأكثر النفاس ستون .

الثانى ، والثالث : أن الحيض يكون بلوغا واستبراء ، بخلاف النفاس .

الرابع ، والخامس . الحيض لا يقطع صوم الكفارة ، ولا مدة الإيلاء ، وفى النفاس وجهان.

ذكر هذه الخمسة فى شرح المهذب .

ما افترق فيه الأذان والإقامة

افترقا فى أمور :

الأول : أن الأذان يجوز قبل الوقت فى بعض الصلوات ، ولا تجوز الإقامة قبله بحال ولو أقام قبله بلحظة فدخل الوقت عقبه ، فشرع فى الصلاة لم يعتد بها . نص عليه .

الثانى : أنه يجوز أول الوقت ، وإن أخر الصلاة إلى آخره ، ولا تجوز الإقامة إلا عند إرادة الصلاة . فإن أقام وأخر بحيث طال الفصل ، بطلت .

الثالث : تسن الإقامة للثانية من صلاتى الجمع وغير الأولى من الفوائت ، ولا يسن الأذان لهما ولا للأولى ، على الجديد أيضا .

الرابع : أنه مثنى وهى فرادى .

الخامس : يسن الأذان للصبح مرتين ، ولا تسن الإقامة إلا مرة .

السادس : يسن فيه الترجيع دونها .

السابع : يكره للمرأة أن تؤذن ، ويسن لها أن تقيم لأن فى الأذان رفع الصوت دونها . وهذا هو الثامن .

التاسع : تسن الإقامة للمنفرد ، ولا يسن الأذان له فى قول ، وهو الجديد .

العاشر : إقامة المحدث أشد كراهة من أذانه .

الحادى عشر : يسن فى الأذان الالتفات فى الحيعلتين وفاقا وفى الإقامة وجه أنه لا يسن فيها ، وآخر أنه إن كبر المسجد سن ، وإلا فلا .

الثانى عشر : يسن فيه الترسل وفيها الإدراج .

الثالث عشر: يجوز الاستئجار على الأذان على الأصح ، ولا يجوز للإقامة وحدها إذ لا كلفة فيها بخلافه .

ما افترق فيه سجود السهو والتلاوة

افترقا فى أمور :

الأول : أنه سجدتان ، وسجدة التلاوة واحدة .

الثانى : أنه فى آخر الصلاة بخلافه .

الثالث : أنه لا يتكرر بخلافه .

الرابع : أنه يسجد لسهو إمامه وإن لم يسجد ، ولا يسجد لتلاوته إذا لم يسجد .
الخامس : ان الذكر المشروع فى سجود التلاوة لا يشرع فى سجود السهو .

ما افترق فيه سجود والتلاوة والشكر

افترقا فى أمرين :

أحدهما : أن سجود الشكر لا يدخل الصلاة بخلافه .

الثانى : أن فى جوازه على الراحلة وجهين ، وسجود تلاوة الصلاة يجوز عليها قطعا .

ما افترق فيه الإمام والمأموم

افترقا فى أمور :

الأول: أن نية الائتمام واجبة على المأموم ، ولا تجب على الإمام إلا فى الجمعة، أو لحصول الفضيلة

الثانى : أن الإمام لا تبطل صلاته ببطلان صلاة المأموم ، بخلاف العكس .

الثالث : إذا عين إمامه وأخطأ ، بطلت صلاته ، وإذا عين الإمام المقتدى وأخطأ فلا .

الرابع : نية الائتمام فى أول الصلاة جزما ، وفى نية الإمام خلاف مر فى الكتاب الأول .

ما افترق فيه القصر والجمع

افترقا فى أمور :

الأول : يختص القصر بالسفر الطويل قطعا ، وفى الجمع قولان .

الثانى : القصر فعله أفضل ، والجمع تركه أفضل ، خروجا من خلاف أبى حنيفة فإنه يوجب القصر ويمنع الجمع ، ولأن الجمع فيه إخلاء وقت العبادة عنها ، بخلاف القصر .

الثالث : لا يجوز القصر خلف متم ، ويجوز الجمع خلف من لا يجمع .

الرابع : شرط القصر نيته فى الإحرام ، ويجوز نية الجمع بعده .

الخامس : لا يجوز القصر فى غير السفر ويجوز الجمع فى الإقامة بالمطر والمرض .

ما افترق فيه الجمعة والعيد

افترقا فى أمور :

الجمعة واجبة وجوب عين ، ووقتها وقت الظهر ، ولا تقضى ، وشرطها العدد ، وأربعون كاملون ودار الإقامة ، ولا تتعدد ، والخطبة قبلها ، وشرطها : القيام والطهارة والستر ، والعربية ، والجلوس بين الخطبتين ، ويندب كونها قصيرة .

ولا يجزئ غسلها قبل الفجر ، ويقرأ فيها الجمعة والمنافقون .

والعيد يخالفها فى كل ذلك .

وما ذكرته من كون القيام ، والجلوس سنة فى خطبتى العيد . صرح بالأول فى الروضة والثانى فى شرح المهذب . وأما الطهارة والستر والعربية ، فصرح به الإسنوى .

وقال ابن القاص فى التلخيص غسل الجمعة كالعيد إلا فى شيئين عمومه لمن حضر وغيره ، وجوازه قبل الفجر .

ما افترق فيه العيد والاستسقاء

افترقا فى أمور :

أحدها : يختص العيد بوقت ، وهو ما بين ارتفاع الشمس والزوال ولا تختص صلاة الاستسقاء به فى الأصح .

الثانى : العيد يقضى بخلاف الاستسقاء .

الثالث : يقرأ فى العيد «ق» و«اقتربت» وفى الاستسقاء ، قيل يقرأ فى الثانية سورة «نوح» .

الرابع : صلاة العيد فى المسجد أفضل فى الأصح ، والاستسقاء فى الصحراء أفضل .

الخامس : خطبة العيد تفتتح بالتكبير ، وخطبة الاستسقاء بالاستغفار .

السادس : فى خطبة الاستسقاء من استدبار الناس وتحويل الرداء ما ليس فى خطبة العيد ولا غيرها من الخطب .

ما افترق فيه غسل الميت وغسل الحى

افترقا فى عدم وجوب النية ، واستحباب التنشيف .

ووقع فى المنهاج : وأقله تعميم بدنه بعد إزالة النجس ، مع تصحيحه فى غسل الحى عدم وجوب إزالة النجس .

فمنهم من قال : إنه إحالة على ما تقدم ؟ فلم يستدرك على الرافعى ، ومنهم من فرق بأن هذا آخر أحواله ، فناسب أن يكون على أكمل الأحوال ، فعلى هذا يفترقان .

ما افترق فيه زكاة الفطر وغيرها

افترقا فى أمور .

أحدها : أن وقتها محدود .

ثانيها : أن الدين يمنع وجوبها .

ثالثها : أن تأخيرها عن أول وقتها إلى يوم العيد أفضل ، والأفضل فى سائر الزكاة المبادرة بها أول ماتجب .

رابعها : أنه يجوز صرفها إلى واحد فى وجه ، ولا يجزئ ذلك فى غيرها اتفاقا .

ما افترق فيه زكاة المعدن والركاز

افترقا فى أمور .

أحدها : أن فى الركاز الخمس ، وفى المعدن ربع العشر ، على الأصح .

ثانيها : تصرف زكاة المعدن مصرف الزكاة قطعا ، وفى الخمس قولان .

ثالثها : تصرف مصرف الفيء .

ما افترق فيه التمتع والقران

افترقا فى أمر واحد ، وهو أن فى اشتراط نية التمتع وجهين ، ولاخلاف فى نية القران .

ماافترق فيه حرم مكة والمدينة

افترقا فى أمور :

أحدها : أن على قاصد حرم مكة الإحرام بحج أو عمرة ندبا أو وجوبا ، وليس ذلك فى المدينة.

الثانى : أن فى صيده وشجره الجزاء ، بخلاف حرم المدينة على الجديد ، وعلى القديم فيه الجزاء ، بسلب القاتل والقاطع ، بخلاف حرم مكة فإن فيه الدم أو بدله . فيفترقان أيضا .

الثالث : لاتكره الصلاة فى حرم مكة فى الأوقات المكروهة ، بخلاف حرم المدينة .

الرابع : أن المسجد الحرام يتعين فى نذر الاعتكاف به ، بلاخلاف ، وفى مسجد المدينة قولان.

الخامس : لو نذر إتيان المسجد الحرام لزم إتيانه بحج أو عمرة ، بخلاف ما لو نذر إتيان مسجد المدينة ، فإنه لايلزمه إتيانه فى الأظهر .

السادس : الصلاة تضاعف فى المسجد الحرام زيادة على مضاعفتها فى مسجد المدينة مائة صلاة، كما فى حديث أخرجه أحمد بسند صحيح .

السابع : أن التضعيف فى حرم مكة لايختص بالمسجد ، بل يعم جميع الحرم ، وفى المدينة

لايعم حرمها ، بل ولا المسجد كله ، وإنما يختص بالمسجد الذى كان فى عهده ﷺ .

الثامن : صلاة التراويح ، لأهل المدينة ست وثلاثون ركعة ، وليس ذلك لأهل مكة ولا غيرهم

التاسع : تكره المجاورة بمكة ، ولا تكره بالمدينة ، بل تستحب .

ما افترق فيه السلم والقرض

افترقا فى أمور :

الأول : أن السلم يصح حالا ومؤجلا ، والقرض لا يصح تأجيله .

الثانى : يجوز الاستبدال عن القرض ، ولا يجوز عن السلم فيه .

الثالث : يجوز السلم فى الجارية التى تحل للمسلم ، ولا يجوز قرضها .

الرابع : المسلم فيه لا يكون إلا فى الذمة ، والقرض لا يكون إلا معينا .

وفى زوائد الروضة عن المهذب ، لو قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا ، فإن لم يطل الفصل جاز ، وإلا فلا ، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل ، وهذا يقتضى جواز إيراد القرض على ما فى الذمة . قال السبكى ، وهو غريب لم أره لغيره .

الخامس : يجوز السلم فى المنافع ، فيما نقله فى أصل الروضة فى باب السلم عن الرويانى وأقره وفى قرضها وجهان ، والمجزوم به فى زوائد الروضة عن القاضى حسين ، المنع .

السادس : لا يجوز السلم فى العقار ، وفى قرضه وجهان .

ما افترق فيه حجر المفلس وحجر السفيه

افترقا فى أمور :

فالمفلس يجوز شراؤه فى الذمة ، ونكاحه بلا إذن ، وقبضه عوض الخلع .

والسفيه لا يصح منه شىء من ذلك .

ما افترق فيه الصلح والبيع

قال فى الروضة : الصلح يخالف البيع فى صور .

أحدها : إذا صالح الحطيطة بلفظ الصلح ، صح على الأصح ، ولو كان بلفظ البيع لم يصح قطعا .

الثانية : لو قال من غير سبق خصومة بعنى دارك بكذا فباع صح ، ولو قال والحالة هذه :

صالحني عن دارك بكذا لم يصح على الأصح . لأن لفظ الصلح لايطلق إلا إذا سبقت خصومة . قال وهذا إذا لم تسكن نية ، وإلا فهو كناية في البيع بلا شك .

الثالثة : لو صالح عن الماضي صح ولامدخل للفظ البيع .

الرابعة : لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء فأخذه منهم جاز ، ولايقوم مقامه البيع.

الخامسة : قال صاحب التلخيص لو صالح من أرش الموضحة على شيء معلوم جاز إذا علم قدر أرشها ، ولو باع لم يجز .

وخالف الجمهور في افتراق اللفظين ، وقالوا إن كان الأرش مجهولا ، كالحكومة التي لم تقدر لم يصح الصلح عنه ولا بيعه . أو معلوم القدر والصفة ، كالدراهم إذا ضبطت صح الصلح عنه وبيعه ممن هو عليه ، أو معلوم القدر دون الصفة ، كالإبل الواجبة في الدية . ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح ، وبلفظ البيع وجهان . أصحهما المنع .

ما افترق فيه الهبة والإبراء

افترقا في أمور :

الأول : شرط في الهبة القبول ، ولايشترط في الإبراء على الأصح .

الثاني : له الرجوع فيما وهبه لفرعه ، ولو أبرأه فلا رجوع له ، وإن قلنا الإبراء تمليك كما ذكره النووي .

ما افترق فيه المساقاة والإجارة

افترقا في أن المساقاة لا تجوز على غير الثمرة من دراهم ونحوها ، بخلاف الإجارة كما ذكره النووي .

ما افترق فيه القراض والمساقاة

افترقا في أن المساقاة لازمة ومؤقتة ، بخلاف القراض ، ولو شرط في القراض أن يكون أجرة من يعمل معه من الربح جاز ، بخلافه في المساقاة .

ما افترق فيه الإجارة والجعالة

افترقا في أمرين .

أحدها : تعيين العامل يعتبر في الإجارة دون الجعالة .

والآخر: العلم بمقدار العمل معتبر فى الإجارة دون الجعالة.

ما افترق فيه الإجارة والبيع

قال بعضهم : الإجارة كالبيع ، إلا فى وجوب التأقيت ، والانفساخ بعد القبض بتلف العين، وأن العقد يرد على المنفعة ، وفى البيع على العين ، وأن العوض يملك فى البيع بالقبض ملكا مستقرا، وفيها ملكا مراعى لا يستقر إلا بمضى المدة ، ولا خيار فيها على الأصح .

ما افترق فيه الزوجة والأمة

افترقا فى أمور :

لا قسم للأمة ، ولا حصر فى العدد ، ونفقتها غير مقدرة ، ولا تسقط بالنشوز ، ولا فطرتها، لأنهما للملك ، وهو باق مع النشوز ، ونفقة الزوجة وفطرتها للتمكين ، وهو منتف معه .

ما افترق فيه الصداق والمتعة

افترقا فى أمور :

أحدها : أن الصداق يراعى فيه حال المرأة قطعا ، والمتعة يراعى فيها حال الزوج على المختار؛ وحال كليهما على المرجح عند الشيخين .

الثانى : أن الصداق يستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ؛ والمتعة يستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهما .

الثالث : أن الصداق يجب على الزوج وغيره ، ولا تجب المتعة إلا عليه . وأوجبها القديم على شهود طلاق المفوضة قبل الدخول إذا رجعوا ، وابن الحداد على مرضعة زوجته الأمة المفوضة .

ما افترق فيه النكاح والرجعة

قال البلقينى : الرجعة تفارق عقد النكاح فى أمور :

اشتراط كونها فى العدة ، وتصح بلا ولى ، ولا شهود ، ولا رضا ، وبغير لفظ النكاح والتزويج ، وفى الإحرام ، ولا توجب مهرا .

ما افترق فيه الطلاق والظهار

افترقا فى أمور :

أحدها : يصح الظهار مؤقتا بخلاف الطلاق .

ما افترق فيه العدة والاستبراء

افترقا فى أمور :

أحدها : أن العدة لا تجب إلا للموطوءة ، والاستبراء يكون للموطوءة وغيرها .

الثانى : أن الاستبراء يحصل بوضع حمل زنا ، ولا يتصور انقضاء العدة به .

الثالث(١) .

ما افترق فيه نفقة الزوجة والقريب

افترقا فى أمور :

أحدها : نفقة الزوجة مقدرة ، ونفقة القريب الكفاية .

الثانى : نفقتها لا تسقط بمضى الزمان ، بخلاف نفقة القريب .

الثالث : شرط نفقة القريب إعساره ويساره لمنفق ، ولا يشترط فى نفقة الزوجة .

الرابع : يباع فى نفقة الزوجة المسكن والخادم ، دون نفقة القريب ، على ما اختاره طائفة. وقد تقدم فى مبحثهما .

ما افترق فيه جناية النفس والأطراف

افترقا فى أمور :

الأول : لمستحق النفس الاستيفاء بنفسه ، دون مستحق الطرف . لأنه قد يردد الحديدة ويزيد فى الإيلام ، بخلاف إزهاق النفس . فإنه مضبوط .

الثانى : فى النفس الكفارة ، بخلاف الأطراف .

ما افترق فيه المرتد والكافر الأصلى

قال العلائى : المرتد يفارق الكافر الأصلى فى عشرين حكما :

لا يقر ولا بالجزية ، ولا يمهل فى الاستتابة ، ويؤخذ بأحكام المسلمين .

ومنها : قضاء الصلوات ؛ ولا يصح نكاحه ، ولا تحل ذبيحته ، ويهدر دمه ، ويوقف ملكه، وتصرفاته ، وزوجته بعد الدخول ، ولا يسبى ، ولا يفدى ، ولا يمن عليه . ولا يرث ، ولا يورث، وولده مسلم فى قول ، وفى استرقاق أولاده إذا قتل على الردة أوجه ، ويضمن ما أتلفه فى الحرب فى قول .

---

(١) بياض الأصل .

ما افترق فيه قتال الكفار والبغاة

افترقا فى أن البغاة لايتبع مدبرهم ، ولا يذفف على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم . ويرد سلاحهم وخيلهم إليهم ، ولا يستعان عليهم بكافر ، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين .

ما افترق فيه الجزية والهدنة

افترقا فى أمور .

أحدها : أن عقد الجزية لازم ، وعقد الهدنة جائز .

الثانى : أن عقد الهدنة لايجوز أكثر من أربعة أشهر إلا لضعف ، فيجوز عشر سنين فقط ، بخلاف الجزية .

الثالث : أن الهدنة تعقد بغير مال ، ولا يجوز عقد الجزية بدونه ولا بأقل من دينار .

ما افترق فيه الأضحية والعقيقة

افترقا فى أن الأضحية تكون من الإبل ، والبقر والغنم ، والعقيقة لاتكون إلا من الغنم .

ما افترق فيه الإمامة العظمى والقضاء وسائر الولايات

افترقا فى أمور .

أحدها : يشترط فى الإمام أن يكون قرشيا . للحديث ، ولايشترط ذلك فى غيره من الحكام .

الثانى : لايجوز تعدد الإمام فى عصر واحد . ويجوز تعدد القاضى فى أماكن متعددة .

الثالث : لاينعزل الإمام بالفسق ، وينعزل به القاضى .

والفرق : ضخامة شأن الإمام ومايحدث فى عزله من الفتن .

الرابع : لاينعزل الإمام بالإغماء وينعزل به القاضى .

تنبيه : من المشكلات ماوقع فى فتاوى النووى أنه لو أمر الإمام الناس بصوم ثلاثة أيام فى الاستسقاء وجب ذلك عليهم بأمره ، حتى يجب تبييت النية .

قال القاضى جلال الدين البلقينى فى حاشية الروضة وهذا كلام لم يقله أحد من الأصحاب . بل اتفقوا على أن هذه الأيام يستحب الصوم فيها . لاخلاف فى ذلك . وكيف يمكن أن يجب شىء بغير إيجاب الله ، أوما أوجبه المكلف على نفسه تقربا إلى الله تعالى ، وقد قال النبى ﷺ للأعرابى

الذى سأل عن الفرائض ، وقال هل على غيرها ؟ قال « لا » فدل ذلك على أنه لايجب شىء إلا بإيجاب الله تعالى فى كتابه ، أو على لسان نبيه ، وقد أمر ﷺ بصوم عاشوراء ، ولم يقل أحد بوجوبه ، مع أن أمره عليه الصلاة والسلام أعظم من أمر الأئمة .

ثم إن نص الإمام الشافعى دال على ذلك أيضا ، فإنه قال فى الأم وبلغنا عن بعض الأئمة أنه كان إذا أراد أن يستسقى أمر الناس فصاموا ثلاثة أيام متتابعة ، وتقربوا إلى الله تعالى بما استطاعوا من خير ، ثم خرجوا فى اليوم الرابع فاستسقى بهم ، وأنا أحب ذلك لهم ، وآمرهم أن يخرجوا فى اليوم الرابع صياما ، من غير أن أوجب عليهم ولا على إمامهم انتهى .

تنبيه : من المشكل أيضا قول الروضة فى البيوع المنهى عنها .

ومنها : التسعير ، وهو حرام فى كل وقت على الصحيح .

والثانى : يجوز فى وقت الغلاء ، وحيث جوزنا التسعير فذلك فى الأطعمة . ويلحق بها علف الدواب على الأصح ، وإذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير ، وفى صحة البيع وجهان . قلت : الأصح صحته .

ووجه الإشكال : أن ظاهره استحقاق التعزير بمخالفة التسعير ، مع قولنا بأنه حرام وقد فهم ذلك بعض أهل العصر ، وأخذ يتكلف فى توجيه ذلك ، وليس الأمر على مافهم . بل المسألة مبنية على جواز التسعير كالتى قبلها ؛ وقد صرح بذلك ابن الرفعة ونبه عليه صاحب الخادم .

ما افترق فيه القضاء والحسبة

قال الماوردى : الحسبة توافق القضاء فى جواز الاستعداد وسماع الدعوى لا على العموم بل فيما يتعلق ببخس أو تطفيف أو غش أو مطل ، وإلزام المدعى عليه إلا إذا اعترف .

وتقصر عنه فى أنه لايسمع البينة ولا الدعوى الخارجة عن المنكرات ، كالعقود والفسوخ . وتزيد عليه بجواز الفحص والبحث بلا استعداد .

ما افترق فيه الحكم والتنفيذ

قال ابن الصلاح : لايحتاج التنفيذ إلى دعوى فى وجه خصم ، ولا إثبات غيبته إن كان غائبا . قال الغزى ولا يشترط فيه الحلف إذا كان الغريم غائبا أو ميتا ، كما أفتى به جمع ممن عاصر النووى .

ما افترق فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب

قال البلقيني : بينهما فروق ،

الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما ، والحكم بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر .

الثاني : أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد ، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك .

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط ، والحكم بالموجب لا يقتضي استيفاء الشروط ، وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم والحكم على المصدر بما صدر منه .

قال الشيخ ولي الدين وعمل الناس الآن على هذا الفرق . وطريقة الحكام الآن أنه إذا إذا قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العام شروط ذلك العقد الذي يراد الحكم به حكم بصحته ، وإن لم تقم البينة باستيفاء شرطه حكم بموجبه ، فالحكم بالموجب أحط مرتبة من الحكم بالصحة .

ثم قال البلقيني : ويفترقان في مسائل . يكون في بعضها الحكم بالصحة أقوى ، وفي بعضها الحكم بالموجب أقوى .

فمن الأول ما لو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضا الخصم . فللحنفي الحكم بإبطالها ، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفي الحكم بإبطالها ، لأن موجبها المخالفة ، صحت أو فسدت ، لأجل الإذن . فلم يتعرض الشافعي للحكم بالصحة ، وإنما تعرض للأثر ، فساغ للحنفي الحكم بإبطالها ، لأنه يقول للشافعي جردت حكمك للازم ، ولم تتعرض لصحة الملزوم ولا عدمه ، وأنا أقول بإبطالها ، فلم يقع الحكم في محل الخلاف .

ومن الثاني ما لو حكم الحنفي بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعي الحكم بالبيع ، لأنه عند الشافعي صحيح ولكن يباع ، ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعي الحكم بالبيع . لأن من موجب التدبير عنده عدم البيع .

ومنه ما لو حكم شافعي بصحة بيع الدار التي لها جار ، فإنه يسوغ للحنفي أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة . لأن البيع عنده صحيح ، فتسلط لأخذ الجار . كما يقول الشافعي في بيع أحد الشركاء ، ولو حكم الشافعي بموجب شراء الدار المذكورة . لم يكن للحنفي أن يحكم بأخذ الجار ، لأن من موجبها الدوام والاستمرار .

قال : والضابط أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك لشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد

صحته . كان الحكم بالصحة مانعا للخلاف واستويا حينئذ ، وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوى الحكم بالصحة على الحكم بالموجب.

وذكر بعضهم أن الحكم بالموجب يجوز نقضه ، بخلاف الحكم بالصحة ، فيفترقان فى ذلك. لكن خطأه السبكى ، كما تقدم فى القاعدة الأولى من الكتاب الثانى .

ما افترق فيه الشهادة والرواية

افترقا فى أحكام :

الأول : العدد يشترط فى الشهادة دون الرواية .

الثانى : الذكورة لا تشترط فى الرواية مطلقا ، بخلاف الشهادة فى بعض المواضع .

الثالث : الحرية تشترط فى الشهادة مطلقا دون الرواية .

الرابع : تقبل شهادة المبتدع ، إلا الخطابية ، ولو كان داعية . ولا تقبل رواية الداعية .

الخامس : تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته .

السادس : من كذب فى حديث واحد رد جميع حديثه السابق . بخلاف من يتبين شهادته للزور فى مرة لا ينقض ما شهد به قبل ذلك .

السابع : لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا ، وتقبل شهادة من روى ذلك

الثامن : لا تقبل الشهادة لأصل وفرع ورقيق ، بخلاف الرواية .

التاسع ، والعاشر ، والحادى عشر : الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة وطلب لها ، وعند حاكم ، بخلاف الرواية فى الكل .

الثانى عشر : للعالم الحكم بعلمه فى التعديل والتجريح قطعا مطلقا فى الرواية ، بخلاف الشهادة فإن فيها ثلاثة أقوال أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها .

الثالث عشر : يثبت الجرح والتعديل فى الرواية بواحد دون الشهادة على الأصح .

الرابع عشر : الأصح فى الرواية قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم ، ولا يقبل الجرح فى الشهادة منه إلا مفسرا .

الخامس عشر : يجوز أخذ الأجرة على الرواية ، بخلاف الشهادة ، إلا إذا احتاج إلى مركوب.

السادس عشر : الحكم بالشهادة تعديل . قال الغزالى بل أقوى منه بالقول ، بخلاف

عمل العالم أو فتياه بموافقة المروي على الأصح ، لاحتمال أن يكون ذلك لدليل آخر .

السابع عشر : لاتقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوها بخلاف الرواية .

الثامن عشر : إذا روى شيئا ثم رجع عنه سقط ، ولايعمل به بخلاف الرجوع عن الشهادة قبل الحكم .

التاسع عشر : لو شهدا بموجب قتل ، ثم رجعا ، وقالا تعمدنا لزمهما القصاص . ولو أشكلت حادثة على حاكم فتوقف ، فروى شخص خبرا عن النبي ﷺ فيها ، وقتل الحاكم به رجلا ، ثم رجع الراوي ، وقال كذبت وتعمدت ، ففي فتاوى البغوي ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجع .

قال الرافعي : والذي ذكره القفال والإمام أنه لاقصاص ، بخلاف الشهادة . فإنها تتعلق بالحادثة ، والخبر لا يختص بها .

العشرون : إذا شهد دون أربعة بالزنا حدوا للقذف في الأظهر ، ولا تقبل شهادتهم قبل التوبة ، وفي قبول روايتهم وجهان المشهور منهما القبول ، ذكره الماوردي في الحاوي ؛ ونقله عنه ابن الرفعة في الكفاية ، والإسنوي في الألغاز .

ما افترق فيه العتق والوقف

افترقا في أمور :

منها : أن العتق يقبل التعليق ، بخلاف الوقف ، وأن الوقف فيه شائبة ملك ، بخلاف العتق، وأن الوقف على معين يشترط قبوله في وجه مصحح ، ويرتد برده بلا خلاف ، ولا يشترط قبول العتيق العتق ولا يرتد برده جزما ، ويصح وقف بعض العبد ، ولا يسري ، ومتى عتق بعض عبد سرى إلى باقيه .

ما افترق فيه المدبر وأم الولد

قال المحاملي : أم الولد تفارق المدبر في ثمانية أحكام :

لاتباع ، ولا توهب ، ولاترهن . وعتقها من رأس المال ، ويتبعها ولدها . ولا تجرى فيها الوصايا ، ولا يجبرها السيد على النكاح في قول ، ولايضمن جنايتها في قول .

الكتاب السابع

فى نظائر شتى

مسألة : ورد الشرع باستعمال الماء فى طهارتى الحدث والخبث ، وبالتراب فى التيمم والتعفير ، والحجر فى الاستجمار ورمى الجمار ، والقرظ فى الدباغ .

وتعين الماء فى الطهارتين ، وتعين التراب فى التيمم . وفى التعفير قولان . أظهرهما نعم ، وفى القرظ طريقان . المذهب لايتعين .

وتعين الحجر فى الجمار ، ولم يتعين فى الاستنجاء .

والفرق : أن التطهير والتعفير والجمار تعبدى ، والاستنجاء تعم به البلوى ، ومقصوده قلع النجاسة ، وهو حاصل بغير الحجر ، والدباغ أيضا تعم به دونه ، والمقصود نزع الفضلات ، وهو حاصل بكل حريف . ذكر ذلك النووى فى شرح المهذب .

قلت : ومن نظائر ذلك تعين السيف فى قتل المرتد ، فلايجوز رميه بالأحجار ؛ ولا بالنبل.

وتعين الحجر فى قتل الزانى المحصن ، لأن المقصود التمثيل به ، والردع عن هذه الفاحشة فلا يجوز قتله بالسيف .

وفى القصاص : تراعى المماثلة ، ويجوز العدول إلى السيف ، لأنه أسهل وأرجى .

وتعين السيف على الأصح : فى قتل تارك الصلاة .

وفى وجه : ينخس بالحديد حتى يصلى أو يموت .

وتعين النخس بالحديد : فى الامتناع من سائر الواجبات . ذكره الرافعى فى الشرح ، ونقل السبكى الاتفاق عليه .

ومنها : ورد الشرع فى الفطرة بالتمر .

مسألة : الخلاف الأصولى فى أن النسخ رفع أو بيان .

نظيره فى الفقه : الخلاف فى أن الطهارة بعد الحدث ، هل نقول بطلت أو انتهت ؟ والأول قول ابن القاص . والثانى قول الجمهور .

فعلى الأول : قال ابن القاص فى التلخيص ليس لنا عبادة تبطل بعد عملها إلا الطهارة بالحدث.

فائدة : الخلاف الأصولى فى مسألة إحداث قول ثالث ، هل يجوز مطلقا ، أو بشرط أن لا يرفع مجمعا عليه ؟ :

نظيره فى العربية : إطلاق تداخل اللغتين . هل يجوز مطلقا . أو بشرط أن لا يؤدى إلى استعمال لفظ مهمل ؟ كالحبك .

قاعدة : الواجب الذى لا يتقدر : كمسح الرأس مثلا ، إذا زاد فيه على القدر المجزئ ، هل يتصف الجميع بالوجوب ؟ فيه خلاف بين أئمة الأصول ، والأكثر منهم على المنع .

قال فى شرح المهذب : إذا مسح جميع الرأس ففيه وجهان مشهوران . أصحهما : أن الفرض منه ما يقع عليه الاسم ، والباقى سنة ، والثانى . أن الجميع يقع فرضا .

ثم قال جماعة : الوجهان فيمن مسح دفعة واحدة . أما من مسح متعاقبا ، كما هو الغالب فما سوى الأول سنة قطعا ، والأكثرون أطلقوا الوجهين ، ولم يفرقوا .

ومن نظائر المسألة : مالو طول القيام فى الصلاة ، أو الركوع ، أوالسجود ، فهل الواجب الكل ، أو القدر الذى يجزئ الاقتصار عليه ؟ .

أو أخرج بعيرا عن خمس من الإبل ، هل الواجب خمسه أو كله ؟ .

أو لزمه ذبح شاة ، فذبح بدنة ، فهل الواجب سبعها أو كلها ؟ .

فيه وجهان ، والأصح : أن الواجب القدر المجزئ .

ونظير فائدة الوجهين ، فى المسح والإطالة : فى تكثيرالثواب . فإن ثواب الواجب أكثر من ثواب النفل ، وفى الزكاة فى الرجوع ، إذ عجل الزكاة ثم جرى مايقتضى الرجوع فإنه يرجع فى الواجب ، لا فى النفل .

وفى هذا النذر : أنه يجوز الأكل من الأضحية والهدى المتطوع بهما . لا من الواجب انتهى كلامه فى باب الوضوء من شرح المهذب وجزم بذلك فى التحقيق فيه ، وفى الروضة فى باب الأضحية ، إلا أنه لم يذكر بعير الزكاة ، وصححه فيها أيضا فى باب الدماء ، بالنسبة إلى ذبح البقرة والبدنة عن الشاة . فقال : قلت : الأصح سبعها . صححه صاحب البحر وغيره ، وصححه أيضا فى باب النذر من شرح المهذب .

لكن صحح فيه فى باب الزكاة أن الزائد فى بعير الزكاة فرض ، وفى باقى الصور نفل وادعى اتفاق الأصحاب على تصحيح هذا التفصيل .

وصحح في صفة الصلاة من زوائد الروضة وشرح المهذب ، والتحقيق . أن الجميع يقع واجبا .

قال في المهمات : من فوائد الخلاف ، غير ما تقدم : كيفية النية في البعير المخرج عن الزكاة . فإن قلنا : الكل فرض . فلا بد من نية الزكاة ونحوها ، وإن قلنا : الخمس كفارة الاقتصار عليه في النية والحسبان من الثلث إذا أوصى بذلك أو فعل في مرض موته فإن جعلناه نفلا حسب منهما ، أو فرضا اتجه تخريجه على الخلاف فيما إذا أوصى بالعتق في الكفارة المخيرة .

قال ومن نظائر ذلك : ما إذا زاد في الحلق أو التقصير على ثلاث شعرات ، والقياس تخريجه على هذا الخلاف .

وما إذا زاد بعرفات على قدر الوقوف الواجب ، وقد خرجه في الكفاية عليه .

وما إذا زاد على قدر الكفاية ، والحكم فيه أنه يقع تطوعا . جزم به الرافعي في باب النذر ، وتبعه عليه في الروضة : قال : والزكاة والنذر والديون بمثابة الكفارة ، والفرق بينهن وبين مسح الرأس ونظائره : أن للكفارات ونحوها قدرا محدودا منصوصا عليه .

ومنها : إذا صلى على الجنازة أكثر من واحد ، فلا شك أنه لا يصح تخريجها على هذا الخلاف . لاستحالة حصول ثواب الواجب لواحد لا بعينه ، بخلاف باقي الصور . فإن الفعل فيها حصل من واحد ، فيصح أن يثاب على ثواب النفل .

قال ابن الوكيل : وخرج بعضهم على هذا الخلاف . أن من كشف عورته في الخلاء زائدا على القدر المحتاج إليه ، هل يأثم على كشف الجميع ، أو على القدر الزائد ؟ قال فإن صح ذلك اتسع لهذه الصورة نظائر .

فائدة : هل المغلب في الظهار مشابهة الطلاق ، أو اليمين ؟ وجهان : وله نظائر .

منها : هل المغلب في قتل القاطع معنى القصاص ، أو الحد ؟ قولان .

ومنها : هل المغلب في التدبير معنى الوصية ، أو التعليق بصفة ؟ قولان .

ومنها : هل المغلب في الإقالة معنى البيع ، أو الفسخ ؟ قولان .

ومنها : هل المغلب في العين المستعارة للرهن معنى العارية ، أو الضمان ؟ وجهان .

ومنها : هل المغلب في اللعان معنى الأيمان أو الشهادة ؟

ومنها : هل المغلب في الخطبة معنى الصلاة ، أو الذكر ؟

ومنها : هل المغلب في اليمين المردودة شائبة الإقرار : أو البينة ؟ قولان .

فائدة : الثيوبة فى الفقة ، أقسام :

الأول : زوال العذرة مطلقا بجماع أو غيره قطعا ، وذلك فى الرد للمبيع ، وما لو تزوجها بشرط البكارة.

والثانى : كذلك على الأصح ، وذلك فى السلم والوكالة والوصية .

الثالث : زوالها بالجماع فقط ، وذلك فى الإذن فى النكاح والإقامة فى الابتداء .

الرابع : زوالها بالجماع فى نكاح صحيح ، وذلك فى الرجم بالزنا .

فائدة : البناء على فعل الغير فى العبادات فيه نظائر .

منها : الأذان . والأصح : لا يجوز البناء فيه .

ومنها ؟ الخطبة ، والأصح جواز البناء فيها .

منها : الصلاة ، والأصح الجواز ، وهو الاستخلاف

ومنها : الحج ، والأصح لا يجوز ، والخلاف فى المسائل الأربع قولان .

فائدة: للقاضى بدر الدين بن جماعة فى الأمور التى هى أصول بيت المال :

جهات أموال بيت المال سبعتها ... فى بيت شعر حواها فيه كاتبه

خمس ، وفيء خراج .جزية . عشر ... وإرث فرد؛ ومال ضل صاحبه

فائدة: الواسطة لا أعلمها فى الفقه إلا فى مسألة واحدة .

وهى الطلاق : سنى وبدعى ، وهل بينهما واسطة ؟ وجهان :

أحدهما: نعم، وهو طلاق غير الموطوءة، والحامل، والصغيرة ، والآيسة ، فليس بسنى ولا بدعى

والثانى : لا ، وجعل الأربعة من قسم السنى بناء على أنه ليس بمحرم .

وذكر ابن الوكيل فرعا آخر : وهو الخنثى ، هل هو واسطة ، أو إما ذكر أو أنثى ؟ وجهان . الأصح : الثانى .

وتوجد الواسطة فى الأصول والعربية كثيرا .

من ذلك الواسطة بين الحسن والقبيح . قيل بها فى فعل غير المكلف ، والمكروه والمباح.

والواسطة بين الحقيقة والمجاز . قيل بها فى اللفظ قبل الاستعمال ، وفى المشاكلة .

والواسطة بين المعرب والمبنى . قيل بها فى المضاف لياء المتكلم ، والأسماء قبل التركيب .

والواسطة بين المتصرف وغيره قيل بها .

والواسطة بين النكرة والمعرفة قيل بها فى الذات .

والواسطة بين المتعدى واللازم قيل بها فى الأفعال الناقصة : كان ، وكاد ، وأخواتها .

والواسطة بين الصدق والـكذب قيل بها فيما طابق الاعتقاد دون الواقع أوعكسه ، أو كان ساذجا لا اعتقاد معه ، طابق الواقع أم لا .

وفى الحديث الحسن واسطة بين الصحيح والضعيف .

فائدة : ابتداء المدة فى الخف من حين الحدث بعد اللبس لا من اللبس والمسح .

وابتداء مدة الخيار من العقد لا من التفرق على الأصح .

وابتداء مدة التعزية من الموت أو الدفن ؟ وجهان صحح فى شرح المهذب الثانى . وابن الرفعة فى الـكفاية الأول .

وابتداءمدة المولى : من الإيلاء دون الرفع إلى الحاكم بلا خلاف لأنها منصوصة .

وابتداءمدة العنين من الرفع إلى الحاكم بلا خلاف لأنها مجتهد فيها .

وابتداء أجل الدية الخطأ وشبه العمد من الزهوق لا من الجرح .

الصور التى وقع فيها إعمال الضدين

منها : المستحاضة ، والمتحيرة . تجعل فى العبادات كالطاهرة ، وفى الوطء كالحائض .

ومنها : العبد المفقود . يجب إخراج زكاته ، ولا يجزىء عتقه فى الـكفارة .

ومنها : لو وجد لحم ملقى فى بلدة فيه مجوسى أولا ، ولـكنه مكشوف . فله حكم الميتة فى تحريم الأكل ، لا فى التنجيس ، لما لاقاه ، ذكره فى شرح المهذب .

ونظيره : ما ذكره ابن الوكيل : أنه لو رمى صيدا فغاب ، ثم وجده ميتا فى ماء دون القلتين : حكم بحرمة الصيد وطهارة الماء ، إعطاء لـكل أصل حقه .

قال ابن الوكيل : هكذا ذكره شارح المقنع من الحنابلة ، وهو يوافق قواعدنا .

ومنها : لو وجد الإمام من قبله من الأئمة يأخذون الخراج من بلد ، وأهله يتبايعون أملاكه ، فمقتضى أخذ الخراج : أن يكون وقفا ، ولا يصح بيعه ، ومقتضى بيعه : أن لا يؤخذ منه خراج ، وقد نص الشافعى على أن الإمام يأخذ الخراج ، ويمكنهم من بيعهم ، إعطاء لـكل يد حقها .

ومنها : إذا جاءتنا من المهادنين صبية تصف الإسلام . فإنا لا نردها إلى الـكفار وإن قلنا : لا يصح إسلام الصبى ، لأن الأصل بقاؤها على ما تلفظت به إذا بلغت ولا يعطيهم الآن مهرها ، إن قلنا به لأن الأصل عدم وجوبه إلا أن يحكم الإسلام ، فتقبل منها .

ومنها . لو عاشر الرجعية معاشرة الأزواج لم تنقض العدة ، ويلحقها الطلاق وليس له الرجعة أخذا بالاحتياط فى الجانبين .

ومنها : الحجر لا يصح استقباله ولا الطواف فيه ، احتياطا فيهما .

ومنها : تقبل شهادة رجل وامرأتين فى السرقة ، فيما يتعلق بالضمان دون القطع .

ومنها : الدم الذى تراه الحامل ، له حكم الحيض فى الوطء والصلاة ونحوهما، لا فى انقضاء العدة.

ومنها : اللقيطة التى أقرت بالرق بعد النكاح لها حكم الأحرار فى الطلاق ، وحكم الاماء فى عدة الوفاة .

قاعدة : تفويت الحاصل ممنوع ، بخلاف تحصيل ما ليس بحاصل .

ومن ثم من أراق ماءه فى الوقت سفها يأثم بالاتفاق ، وفى وجوب الإعادة إذا صلى بالتيمم وجهان ، بخلاف من اجتاز بماء فى الوقت فلم يتوضأ ، فلما بعد عنه صلى بالتيمم فإنه لا يأثم . كما أشعر به كلام الرافعى ، والمذهب : القطع بعدم الإعادة .

ومن دخل عليه الوقت وهو لابس خف بالشرائط ، ومعه ما يكفيه لو مسح ، ولا يكفيه لو غسل ، وجب عليه المسح . ويحرم نزع الخف والحالة هذه بالاتفاق . كما ذكره الرويانى فى البحر ، بخلاف من كان غير لابس ومعه خف وقد أرهقه الحدث ، وهو متطهر ومعه ماء كذلك لا يجب عليه اللبس ليمسح ، كما فى الشرح والروضة .

الصور التى يقوم فيها مضى الزمان مقام الفعل

جمعها المحب الطبرى فى شرح التنبيه بضع عشرة أكثرها على ضعف .

الأولى : مضى مدة المسح يوجب النزع ، وإن لم يمسح .

الثانية : مضى زمن المنفعة فى الإجارة يقرر الأجرة وإن لم ينتفع .

الثالثة : إقامة زمن عرضها على الزوج الغائب مقام الوطء حتى تجب النفقة .

الرابعة : مضى زمن يمكن فيه القبض . ويكفى فى الهبة والرهن ، وإن لم يقبض .

الخامسة : إقامة وقت الجداد مقامه عند من يرى أن لا ضم .

السادسة : دخل وقت الصلاة فى الحضر ثم سافر ، يمسح مسح مقيم فى وجه .

السابعة : الصبى والعبد إذا وقفا بعرفة ، ثم دفعا بعد الغروب ثم كملا قبل الفجر سقط فرضهما عند ابن سريج .

الثامنة : إذا انتصف الليل . دخل وقت الرمى ، وحصل التحلل عند الاصطخرى .

التاسعة والعاشرة : إقامة وقت التأبير وبدو الصلاح مقامهما فى وجه .

الحادية عشرة : إقامة وقت الخرص مقامه ، إن لم يشترط التصريح بالتضمين ، وهو وجه.

الثانية عشرة : خروج الوقت يمنع فعل الصلاة على قول .

الثالثة عشرة : إذا سافر بعد الوقت . لايقصر على وجه .

ضابط : البدل مع مبدله أقسام :

أحدها : يتعين الابتداء بالمبدل منه ، وهو الغالب كالتيمم مع الوضوء ، والواجب فى الزكاة مع الجبران .

الثانى : يتعين الابتداء بالبدل . كالجمعة إذا قلنا هى بدل عن الظهر .

الثالث : يجمع بينهما ، كواجد بعض الماء والجريح .

الرابع : يتخير كمسح الخف مع غسل الرجل .

فائدة : هل يدخل المبيع فى ملك المشترى بآخر لفظة من الصيغة ، أم بانقضائها يتبين دخوله بأوله ؟ وجهان .

ونظيره : ماحكى الرويانى فى تكبيرة الإحرام . هل يدخل الصلاة بأولها أو بالفراغ منها يتبين أنه دخل من أولها ؟ وجهان . بنى عليهما ، ما لو رأى التيمم الماء قبل الفراغ .

ونظيره أيضا فى الجمعة : هل المعتبر فى السبق آخر التكبير ، أو أوله ؟ وجهان .

فائدة : الفم والأنف لهما حكم الظاهر فى الصوم ، وإزالة النجاسة والجائفة .

وحكم الباطن ، فى الغسل .

ونظير ذلك : القلفة . فالأصح ، أنه يجب غسل ماتحتها فى الغسل والاستنجاء إجراء لها مجرى الظاهر ، ومقابله يجريها مجرى الباطن .

وفرع عليه العبادى : أنه لو بقى داخلها منى واغتسل ، ولم يغسله . صح غسله . وعلى الأصح لا.

وفى الكفاية وغيرها : لو غيب الأقلف حشفته داخل القلفة أحل المرأة قطعا فأجريت مجرى الباطن ، ولو كانت كالظاهر ، لطرد الخلاف فيها . كما لو أولج وعليه خرقة .

فائدة : صححوا أن الاستنجاء بيد نفسه ويد غيره بدل الحجر لايجزى .

وصححوا أن الاستياك بأصبع نفسه لايجزئ وبأصبع غيره يجزئ قطعا .

وصححوا أن ستر عورته بيده ويد غيره لايجزئ .

وصححوا أن ستر رأسه بيده يوجب الفدية ، وكذا بيد غيره جزما .

ولو سجد على يد نفسه لم يصح جزما . أو على يد غيره صح جزما .

فائدة : الوكيل فى النكاح يجب عليه ذكر الموكل ، لأن أعيان الزوجين مقصودان فى النكاح ، ولايجب عليه فى البيع ، لانتفاء المعنى .

ولو وكل شخص عبد غيره فى شراء نفسه من سيده ، أو وكل عبد غيره فى ذلك فلابد من التصريح بالسفارة . لما فيه من التردد بين البيع ومعنى العتق .

وفى الشرح عن فتاوى القفال أن وكيل المتهب يجب أن يصرح باسم الموكل ، وإلا وقع العقد له . لجريانه معه . فلاينصرف إلى الموكل بالنية . لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بخلاف البيع ، فإن المقصود منه حصول العوض .

فائدة: نظير الوجهين فى مصر من سلك الطريق الأبعد لغير غرض . احتمالان للقاضى حسين فيما إذا سلك الجنب فى خروجه من المسجد الأبعد لغير غرض .

فائدة : نظير الخلاف فى التفضيل بين الصلاة والطواف ، والوجه القائل بأن الطواف للغرباء أفضل ، والصلاة لغيرهم أفضل الخلاف فى التفضيل بين الصلاة والصوم ، والقول المفصل القائل بأن الصلاة أفضل بمكة والصوم أفضل بالمدينة ترجيحا لكل بموضع نزوله ، والخلاف فى المسألة الثانية للمتقدمين .

فائدة : اشترطت الجماعة فى الجمعة ، لأن لفظها يعطى معنى الاجتماع .

ونظيره : اشتراط القصد فى التيمم ، لأنه ينبئ عن القصد والتقابض فى الصرف لأن اللفظ يقتضى الانصراف .

ونظير ذلك فى العربية : اشتراط الانتقال فى الحال لأن لفظ الحال مأخوذ من التحول ، والتبيين والإيضاح فى التمييز . لأن لفظه يقتضى ذلك ، ومن ثم قال الأكثرون إنه لايجئ للتوكيد .

فائدة : الفقير والمسكين حيث أطلق أحدهما شمل الآخر . فإذا ذكرا اختص كل بمعناه .

قال البلقينى : ونظير ذلك الكافر ، والمشرك .

قلت : ونظير ذلك فى العربية ، الظرف والمجرور

ومن نظائر ذلك أيضا : الإيمان والإسلام .

فائدة : قول الوقف كثير فى الأصول . لأن الأصولى فى مهلة النظر ، نادر فى الفقيه ، لأن حاجة الفقيه ناجزة .

ومما حكى فيه : قول الوقف من الفقيه .

مسألة طهورية الماء المستعمل : حكى ابن الصباغ فيها قولا بالوقف ، أى لا نقول طهور ، ولا غير طهور .

ومسألة تعليق الطلاق قبل النكاح . ذكر الربيع ، أن الشافعى توقف فيه فى الأمالى القديمة ، ثم أزاله وقال بالمنع .

فائدة : فرق بين مطلق الماء والماء المطلق .

فالأول : هو الماء لا بقيد . فيدخل فيه الطاهر والطهور والنجس .

والثانى : هو الماء بقيد الإطلاق .

وذهب السبكى إلى أنه لا فرق بين العبارتين .

ونظير ذلك ، قولنا طلاق البعض وتبعيض الطلاق ، وعتق البعض وتبعيض العتق وتجب النية عند أول غسل الوجه لا عند غسل أول الوجه ، ولا ولاء لمعتق الأب مع أب المعتق ، وقول الإمام كما لا يتغير حكم المحلوف باليمين لا يتغير حكم اليمين بالمحلوف عليه .

المسائل التى يفتى فيها على القديم بضع عشرة

ذكرها فى شرح المهذب :

مسألة التثويب فى أذان الصبح . القديم ، استحبابه .

ومسألة التباعد عن النجاسة فى الماء الكثير . القديم ، أنه لا يشترط .

ومسألة قراءة السورة فى الركعتين الأخيرتين . القديم ، لا يستحب .

ومسألة الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج . القديم ، جوازه .

ومسألة لمس المحارم . القديم ، لا ينقض .

ومسألة تعجيل العشاء . القديم ، أنه أفضل .

ومسألة وقت المغرب . القديم ، امتداده إلى غروب الشفق .

ومسألة المنفرد إذا نوى الاقتداء فى أثناء الصلاة . القديم ، جوازه .

ومسألة أكل الجلد المدبوغ ، القديم ، تحريمه .

ومسألة تقليم أظفار الميت . القديم ، كراهته .

ومسألة شرط التحلل من الإحرام بمرض ونحوه . القديم ، جوازه .

ومسألة الجهر بالتأمين للمأموم فى صلاة جهرية . القديم ، استحبابه .

ومسألة من مات وعليه صوم . القديم ، يصوم عنه وليه .

ومسألة الخط بين يدى المصلى، إذا لم تكن معه عصا . القديم ، استحبابه والله أعلم .

هذه مسائل فيما لا يعذر فيها بالجهل

وقد نظمها بعضهم فقال :

ثلاثون لا عذر بجهل ترى بها — وزدها من الأعداد عشرا لتكملا
فأولها : بكر تقول لما قد : — جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا
كمن سكتت حين الزواج، فخومعت — فقالت : أنا لم أرض بالعقد أولا
كذا شاهد في المال ، والحد مخطئا — شهادة صدق ، ضامن حين بدلا
وآكل مال لليتيم ، وواطئ — رهق اعتكاف ، بالشريعة جاهلا
كذا قاذف شخصا ، يظن بأنه — رقيق . فبان الشخص حراً مكملا
ومن قام بعد العام يشفع حاضراً — مع العلم بالمبتاع ، والبيع أولا
ومن ملكت، أو خيرت، ثم لم تكن — لتقضى ، حتى فارقت ، وتفاصلا
كذلك طبيب قاتل بعلاجه — بلا علم ، او مفت تعدى تجاهلا
وبائع عبد بالخيار ، ويروم أن — يرد ، وقد ولى الزمان مهر ولا
ومن أثبتت إضرار زوج، فأمهلت — فجامعها قبل القضاء معاجلا
وعبد زنى ، أو يشرب الخمر جاهلا — بعتق ، فحد الحر يجرى مفصلا
ويفسخ بيع فاسد مطلقا ، ولا — يسامح فيه من عن الحق حولا
وكل زكاة من دفعها لكافر — وغير فقير ضامن تلك مسجلا
ومن يعتق الشخص الكفور لجهله — فلا يجزى فى كفارة وتبتلا
كذا مشتر من أوجب الشرع عتقه — عليه ولا رد له ، وله الولا
وآخذ حد من أبيه مستو — كتحليفه إذ بالعقوق تزيلا
ومن يقطع السلوك جهلا . فلا نرى — شهادته من أجل ذلك تقبلا
كمن ريا عدلين فرجا ومحرما — يباح ، وحرا يسترق فأهملا
وسارق ما فيه النصاب مؤاخذ — وإن لم يكن ظرف النصاب معادلا
وواطئ من قد أرهنت عنده، فما — يكون له عن حد ذلك معزلا
كذلك من يزنى ويشرب جاهلا — من اهل البوادى، حده ليس مهملا
ومن رد رهنا بعد حوز لربه — فلا شك أن الحوز صار معطلا

وتخيير من قد أعتقت ثم جومعت ⠀⠀ تفوت بجهل الحكم والعتق أهملا
ولا ينف حمل العرس زوجها إذا ⠀⠀ رآه ، ولم ينهض بذلك معدلا
ومن أنفقت من مال زوج لغيبة ⠀⠀ فجا نعيه زدت من الود فاضلا
ومن سكنت حين ارتجاع وجومعت ⠀⠀ فقالت : لقد كان اعتقادى كاملا
وليس لمن قد حيز عنه متاعه ⠀⠀ مقال إذا ما الحوز كان مطولا
وقد قام بعد الحوز يطلب ملكه ⠀⠀ وقيل له : قد بعت ذلك أولا
ومن هو فى صوم الظهار مجامع ⠀⠀ لزوجته ، يستأنف الصوم مكملا
وليس لذى مال يباع بعلمه ⠀⠀ ويشهد قبضا بعده أن يبدلا
ومن زوجها قد ملك الغير أمرها ⠀⠀ فلم يقض حتى جومعت صار معزلا
وإن ملكها الزوج ثم تصالحا ⠀⠀ عقيب قبول كان ليس مفصلا
وما مثلت عنه فليس لها إذن ⠀⠀ تقول ثلاثا كان قصدى أولا
وإن بعد تمليك قضت ببيانها ⠀⠀ فقالت جهلت الحكم فيه معجلا
فليس له عذر إذا قال : لم أرد ⠀⠀ سوى طلقة : والحكم فيه كما خلا
وإن أمة قالت ، وبائعها : لقد ⠀⠀ تزوجها شخص ففارق وانجلا
فليس لمن يبتاعها بعد علمه ⠀⠀ بذلك عذر إن يرد إذن بلا
ولا يطأنها أو يزوجها إلى ⠀⠀ ثبوت خلو من زواج تحولا
ومن قبل تكفير الظهار مجامع ⠀⠀ يذوق عقابا بالذى قد تحملا
وحق التى قد خيرت ساقط إذا ⠀⠀ بواحدة قالت : قضيت تجاهلا
وليس لها عذر بدعوى جهالة ⠀⠀ وذاك الذى قد أوقعت عاد باطلا
ومن قال : إن شهرين غبت ولم أعد ⠀⠀ فأمرك قد صيرت عندك جاعلا
فمر ، ولم توقع ، وما أشهدت على ⠀⠀ بقاها ، وطالت صار عنها محولا
وذاك كثير فى الوضوء ومثلها ⠀⠀ بفرض صلاة ، ثم حج تحصلا

فهرس

صفحة

صفحة